



UNIVERSIDADE DE SALAMANCA
PROGRAMA DE DOUTORADO *PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS*
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO E TRABALHO SOCIAL DA
FACULDADE DE DIREITO

RICARDO DOS SANTOS BEZERRA

**DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA PERSPECTIVA
DOS DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA DA LEGISLAÇÃO,
JURISPRUDÊNCIA E AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

Salamanca, 2011

RICARDO DOS SANTOS BEZERRA

**DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA DA LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E
AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

Tese apresentada no Departamento de Direito do Trabalho e Trabalho Social da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (USAL), na Espanha, orientada pelo Professore Doutor Enrique Cabero Morán. O trabalho é condição para a obtenção do título de Doutor pela Universidade de Salamanca.

Salamanca, 2011

RICARDO DOS SANTOS BEZERRA

**DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA DA LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E
AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

TESE APRESENTADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR PELA
UNIVERSIDADE DE SALAMANCA

Prof. Dr. Enrique Cabero Morán
Orientador da Tese

Ricardo dos Santos Bezerra
Doutorando

Salamanca, 2011

**DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA DA LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E
AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

Programa de Doutorado Pasado y Presente de los Derechos Humanos

Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social

Orientador: Prof. Dr. Enrique Cabero Morán

Doutorando: Ricardo dos Santos Bezerra

Passaporte: CV756030

Endereço: Calle Arriba, 15 - 1ºC

37.002 – Salamanca

Endereço eletrônico: ricardobz@uol.com.br / rsbz@hotmail.com

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais *Octaviano Bezerra Júnior* e *Leonete dos Santos Bezerra* pelo apoio incondicional na realização deste Doutorado.

Ao Professor Dr. *Enrique Cabero Morán* não somente por sua disponibilidade, tratamento e estímulo, mas também por aceitar o desafio de orientar um tema tão controverso e repleto de preconceitos.

Aos professores do Programa de Doutorado *Pasado y Presente y de los Derechos Humanos*, especialmente à Professora Dr^a. *María Esther Martínez Quinteiro*, pela contribuição direta ou indireta para a concretização desta tese.

À Professora Dra. *Cristina Elías Amich* pela ajuda através de importantes observações em relação à elaboração do projeto.

Ao Professor Dr. *Adan Carrizo Gonzalez Castell* pelo estímulo e presteza em fornecer informações acadêmicas.

À Magnífica Reitora Prof^a. *Marlene Alves Sousa Luna* pelo incentivo e expressivo avanço na capacitação do docente da UEPB.

À minha irmã *Adriana dos Santos Bezerra* e meu sobrinho *Matheus Bezerra de Souza*, que apesar da distância estiveram sempre presentes.

À *José Luis Santamaria Blázquez* pelo afeto, generosidade e valorosos ensinamentos, na tradução, compreensão, pronúncia, interpretação e redação da língua espanhola.

Aos amigos *Adriana Cantini, Alcemir Freire, Aquiles Magide, Cassandra Veras, Cida Lobo, Dilma Guedes, Glauce Cunha Lima, Juliane Cantini, José Sereco, Maurício Renato, Márcia Cavalcante, Odimar Olívio, Paulo Roberto Rodrigues, Sabrina Correia, Simone Catão, Valéria Xavier, e Wellington Leal*, sem eles o caminho percorrido até o objetivo almejado teria sido muito mais difícil.

O AMOR é que é essencial.
O sexo é só um acidente.
Pode ser igual ou diferente.
O homem não é um animal:
É uma carne inteligente,
Embora às vezes doente.

(Fernando Pessoa)

RESUMO

Esta tese representa o resultado de uma pesquisa científica que tem como objeto de estudo o tema “**Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil**”. A justificativa que levou à escolha do tema e desenvolvimento do texto afluíram da verificação de inúmeros debates sobre a matéria no âmbito dos organismos internacionais e do grande abismo existente em relação à criação e aplicação de normas explícitas para as violações de direitos humanos por motivos de orientação sexual e de ações eficazes para combater esse tipo de discriminação, tanto na legislação internacional como também na legislação interna dos Estados, e principalmente no Brasil. Neste sentido, são aqui abordadas as questões do reconhecimento dos direitos do coletivo LGBT como direitos humanos fundamentais e universais, através da análise da evolução do princípio da não discriminação por orientação sexual na normativa e jurisprudência dos organismos internacionais. Fazemos também breve referência acerca da legislação relativa à orientação sexual, a fim de situar a discriminação pela referida causa no contexto legislativo dos Estados em escala mundial; analisamos o papel das organizações não governamentais (ONGs) e outros documentos internacionais relativos à não discriminação por orientação sexual; examinamos tutela constitucional dos direitos dos homossexuais à luz dos princípios da liberdade, dignidade humana, igualdade e não discriminação por orientação sexual no ordenamento jurídico brasileiro, e por fim, averiguamos o surgimento das ações afirmativas em favor dos homossexuais na realidade brasileira e a compatibilidade dessas ações com a constituição, além da contribuição das mobilizações sociais na conquista de direitos e as ações governamentais de combate à discriminação por orientação sexual. A execução do trabalho segue uma orientação fundamentada nos objetivos propostos e utiliza na abordagem do problema como caminho das consequências, o método dedutivo. A realização do processo formal e sistemático desse método, no presente trabalho, tem por base o procedimento descritivo, onde os dados foram observados, registrados, analisados, classificados e interpretados. Ao desenvolvermos a pesquisa jurídica, e em face das peculiaridades do direito, houve uma predominância da pesquisa bibliográfica, dado que, para a sua fundamentação teórico-metodológica deita-se mão dos conhecimentos filosóficos, históricos, socioculturais e doutrinários, de várias disciplinas relacionadas e interdependentes. Trata-se, portanto, de um estudo interdisciplinar. Além disso, foi utilizado o método histórico evolutivo no sentido de buscar compreender as transformações sociais e jurídicas, para o surgimento das ações afirmativas, e em caráter acessório, também foi utilizado o método hipotético-dedutivo, para a confirmação da hipótese de compatibilidade princípio constitucional da igualdade e as políticas públicas afirmativas de combate à discriminação no direito brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Discriminação. Orientação Sexual. Direito brasileiro

RESUMEN

Esta tesis representa el resultado de un proceso investigador científico que tiene como objeto de estudio el tema **“Discriminación por orientación sexual en la perspectiva de los derechos humanos: un panorama de la legislación, jurisprudencia y acciones afirmativas en Brasil”**. La razón que nos llevó a la elección del tema y al desarrollo del texto surge de la existencia de numerosos debates sobre la materia en el ámbito de los organismos internacionales y del enorme abismo existente entre la creación y la aplicación de normas explícitas para evitar las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual y las acciones eficaces para combatir ese tipo de discriminación, tanto en la legislación internacional como en la legislación interna de los Estados, especialmente en Brasil. En este sentido, son aquí abordadas las cuestiones del reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT como derechos fundamentales y universales, a través del análisis de la evolución del principio de no discriminación por orientación sexual en la normativa y jurisprudencia de los organismos internacionales. Hacemos asimismo una breve referencia a la legislación relativa a la orientación sexual, con objeto de situar la discriminación por esta causa en el contexto legislativo de los Estados a escala mundial; analizamos el papel de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y otros documentos internacionales relativos a la no discriminación por orientación sexual; examinamos la tutela constitucional de los derechos de los homosexuales a la luz de los principios de la libertad, la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación por orientación sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, y finalmente indagamos en el surgimiento de las acciones afirmativas a favor de los homosexuales en la realidad brasileña y la compatibilidad de estas acciones con la constitución, además de la contribución de las movilizaciones sociales en la conquista de derechos y las acciones gubernamentales de combate contra la discriminación por orientación sexual. La ejecución del trabajo sigue una orientación fundamentada en los objetivos propuestos y utiliza, en el enfoque del problema como camino hacia las consecuencias, el método deductivo. La realización del proceso formal y sistemático de este método en el presente trabajo tiene por base el procedimiento descriptivo, donde los datos han sido observados, registrados, analizados, clasificados e interpretados. Al abordar la investigación jurídica, y teniendo en cuenta las peculiaridades del derecho, predominó la indagación bibliográfica, dado que, para su fundamentación teórico-metodológica, se recurrió a conocimientos filosóficos, históricos, socioculturales y doctrinarios, de varias disciplinas relacionadas e interdependientes. Se trata, por tanto, de un estudio interdisciplinar. Por otra parte, fue utilizado el método histórico evolutivo, en el sentido de llegar a comprender las transformaciones sociales y jurídicas, para el surgimiento de las acciones afirmativas, y con carácter accesorio, también se utilizó el método hipotético-deductivo, para la confirmación de la hipótesis de compatibilidad entre el principio constitucional de la igualdad y las políticas afirmativas de combate contra la discriminación en el derecho brasileño.

Palabras-clave: Derechos Humanos. Discriminación. Orientación sexual. Derecho brasileño.

ABSTRACT

This thesis represents the outcomes of a scientific researching process whose subject of study is **“Discrimination for sexual orientation in the perspective of human rights: a panorama of the legislation, jurisprudence and affirmative actions in Brazil”**. The reason for choosing this topic and developing this thesis comes up from the existence of numerous debates discussing this very matter within the sphere of international organizations plus the deep rift existing between the creation and application of explicit norms aimed at avoiding violations of human rights due to sexual orientation discrimination and the proper effective measures meant to eradicate and condemn this type of discrimination, both in the international legislation and in the internal legislation frame of the states, especially in Brazil. In this sense, in the following work piece we approach the aspect of the recognition of LGBT rights as fundamental and universal rights, through the analysis of the evolution of non-discrimination principle for sexual orientation within the regulation and jurisprudence of the international organizations. Likewise, we include a brief mention to the legislation relating sexual orientation, in order to enshrine this kind of discrimination within the legislative framework of the different states worldwide; we analyze the role of the Non-Governmental Organizations (NGO's) and other international documents regarding non-discrimination for sexual orientation; we examine the constitutional protection of the homosexuals rights in the light of the principles of freedom, human dignity, equality and non-discrimination for sexual orientation in the Brazilian legislation and, finally, we research into the upsurge of the affirmative actions in favor of homosexuals in the reality of the situation in Brazil and the compatibility of these actions with the constitution, besides the social mobilizations which have contributed to the conquest of rights and governmental actions undertaken to fight against discrimination for sexual orientation. The carrying out of the thesis is based upon the aims established on the first place, and follows, focusing on the problem as a way that leads towards the consequences, a deductive method in its development. The accomplishment of the formal and systematic process of this method in this thesis takes the descriptive procedure as a starting point, where the information has been observed, registered, analyzed, classified and interpreted itself. In terms of juridical research, and taking into account the peculiar characteristics of the law system, a bibliographical investigation predominated along the work, provided that we resorted to philosophical, historical, sociocultural and doctrinaire knowledge about several related and interdependent disciplines for establishing its theoretical - methodological foundation. Therefore, we are here referring ourselves to an interdisciplinary study. On the other hand, an evolutionary and historical method was also adopted in order to trace the bases to understand the social and legal transformations that have occurred for the creation of affirmative actions. Our work was also based on the hypothetical-deductive method for confirming the hypothesis on the compatibility between the constitutional principle of equality and the affirmative policies created to fight against discrimination in the Brazilian law system.

Keywords: Human Rights. Discrimination. Sexual Orientation. Brazilian Law.

RÉSUMÉ

Cette thèse représente le résultat d'un processus investigateur scientifique qui a pour objet d'étude le sujet **“La Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la perspective des droits de l'homme: un panorama de la législation, la jurisprudence et les actions affirmatives au Brésil”**. La raison qui nous a porté à l'élection de ce sujet et au développement de cette thèse est l'existence de nombreux débats sur cette même matière dans le domaine des organismes internationaux et l'énorme abîme existant entre la création et l'application de normes explicites destinées à éviter les violations des droits de l'homme pour des motifs d'orientation sexuelle et les actions efficaces créées pour combattre ce type de discrimination dans la législation internationale et dans la législation interne de tous les états, spécialement au Brésil. En ce sens, nous abordons ici les questions de la reconnaissance des droits du collectif LGBT comme droits fondamentaux et universels, à travers de l'analyse de l'évolution du principe de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la réglementation et la jurisprudence des organismes internationaux. De même, nous faisons une brève référence à la législation relative à l'orientation sexuelle, afin de situer la discrimination fondée sur cette cause dans le contexte législatif des états à une échelle mondiale; nous analysons le rôle des organisations non gouvernementales (ONG) et d'autres documents internationaux relatifs à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle; nous examinons la tutelle constitutionnelle des droits des homosexuels à la lumière des principes de la liberté, la dignité humaine, l'égalité et la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'ordonnance juridique brésilienne et, finalement, nous faisons des recherches sur le surgissement des actions affirmatives en faveur des homosexuels dans la réalité brésilienne et la compatibilité de ces actions avec la constitution, en plus de la contribution des mobilisations sociales à la conquête de droits et les actions gouvernementales de combat contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La réalisation de ce travail d'investigation a suivi une orientation fondée dans les objectifs proposés à l'origine et est basée, si on interprète ce problème comme un chemin vers les conséquences, sur une méthode déductive. Le processus formel et systématique de cette méthode est basé sur la procédure descriptive, où les données ont été observées, inscrites, analysés, classés et interprétés. Pendant le processus destiné à aborder la recherche juridique, et tenant en compte les particularités du droit, l'investigation bibliographique a prédominé dans notre travail, étant donné que, pour ses fondements théoriques - méthodologiques, on a recouru aux connaissances philosophiques, historiques, socioculturelles et doctrinaires sur quelques disciplines relatives et interdépendantes. Il s'agit, donc, d'une étude interdisciplinaire. Par ailleurs, nous avons utilisé une méthode historique évolutive, dans le sens d'arriver à comprendre les transformations sociales et juridiques arrivées pour le surgissement des actions affirmatives. D'autre part, nous avons aussi employé une méthode hypothétique - déductive pour confirmer l'hypothèse de compatibilité entre le principe constitutionnel d'égalité et les politiques affirmatives de combat contre la discrimination dans le système de droit brésilien.

Mots clés: Droits Humaines. Discrimination. Orientation sexuelle. Droit Brésilien.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CF	– Constituição Federal
ABGLT	– Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis
AIDS/SIDA	– Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
CADH	– Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDH	– Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas
CEDAW	– Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher
CEDH	– Convenção Européia de Direitos Humanos
CIDH	– Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNCD	– Conselho Nacional de Combate à Discriminação
DUDH	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECOSOC	– Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
GLBT	– Gays, Lésbicas, Bissexuais e Travestis
HIV	– Vírus da Imunodeficiência Adquirida
ILGA	– Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais
LGBT	– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
LGBTTT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
LGBTI	– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais
LGBTTTI	– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais
LGBTTTS	– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Simpatizantes
MERCOSUL	– Mercado Comum do Sul
OEA	– Organização dos Estados Americanos
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
OMS	– Organização Mundial da Saúde
ONG	– Organização não-governamental
ONU	– Organização das Nações Unidas
PIDCP	– Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos
PIDESC	– Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RADDHH	– Reunião de Altas Autoridades e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados
TEDH	– Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJCE	– Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
UE/ EU	– União Européia
UNESCO	– Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA	14
2 METODOLOGIA	15
3 OBJETOS DE PESQUISA: ROL DE CONCEITOS	17
3.1 DIREITOS HUMANOS	18
3.2 ORIENTAÇÃO SEXUAL HOMOSSEXUAL	28
PARTE 1	42
CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS	43
1.1 A ONU E A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL	43
1.1.1 O Reconhecimento, pelos Mecanismos da ONU, dos Direitos Humanos do Coletivo LGBT	65
1.1.2 O Posicionamento da Organização Internacional do Trabalho em Relação à Discriminação por Orientação Sexual	69
1.1.3 A Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Proteção ao Coletivo LGBT	75
1.2 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA	78
1.3 O POSICIONAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E DO MERCOSUL EM RELAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL	106
CAPÍTULO 2 – A LEGISLAÇÃO MUNDIAL, PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONGS) E OUTROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	124
2.1 PANORAMA DA LEGISLAÇÃO MUNDIAL SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	124
2.2 RELEVÂNCIA DO PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS.....	138
2.3 OUTROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS	152
2.3.1 A Declaração de Montreal	152
2.3.2 Os Princípios de Yogyakarta	155
2.3.3 Declaração Universal dos Direitos Sexuais	169
PARTE 2	173
CAPÍTULO 3 – O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	174
3.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORIENTAÇÃO SEXUAL	175
3.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A ORIENTAÇÃO SEXUAL	186

3.3	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE E A ORIENTAÇÃO SEXUAL ..	198
3.4	A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO DIREITO BRASILEIRO	204
CAPÍTULO 4 – AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS NA REALIDADE BRASILEIRA		251
4.1	CONCEITO, EVOLUÇÃO, OBJETIVO E DESTINATÁRIOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	251
4.2	AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	261
4.3	MOBILIZAÇÕES HOMOSSEXUAIS E A LUTA PELOS DIREITOS	270
4.4	AS AÇÕES GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL	281
CONCLUSÕES		304
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		311
LEGISLAÇÃO CONSULTADA		321
OUTROS DOCUMENTOS		325
ANEXOS		328

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende examinar a realidade discriminatória sob a perspectiva atual dos direitos humanos, centrada nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade, buscando as respostas que tais princípios fornecem diante de tamanha violação de direitos tão fundamentais, cuja carência afeta inexoravelmente a harmonia imprescindível à convivência social.

Postulando novos horizontes para o reconhecimento dos direitos dos homossexuais como direitos humanos fundamentais e universais, esta tese está estruturada em quatro capítulos divididos em duas partes: uma internacional e outra que cuida de questões jurídicas específicas relacionadas à discriminação por orientação sexual no tocante à legislação, à jurisprudência, e ações afirmativas no Brasil. Além disso, consta desta introdução e das Conclusões.

No primeiro capítulo, abordamos a questão do reconhecimento dos direitos do coletivo LGBT¹ como direitos humanos fundamentais e universais, realizado através da análise da evolução do princípio da não discriminação por orientação sexual na normativa e jurisprudência dos organismos internacionais.

No segundo capítulo, realizamos uma breve referência acerca da legislação relativa à orientação sexual, a fim de situar a discriminação pela referida causa no contexto legislativo dos Estados em escala mundial, como também analisamos o papel das organizações não governamentais (ONGs) e outros documentos internacionais relativos a não discriminação por orientação sexual.

No terceiro capítulo dispomos sobre a tutela constitucional dos direitos dos homossexuais à luz dos princípios da liberdade, dignidade humana, igualdade e não discriminação por orientação sexual no ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto e último capítulo, tratamos de verificar o surgimento das ações afirmativas em favor dos homossexuais na realidade brasileira, a compatibilidade dessas ações com a constituição, além da contribuição das mobilizações sociais na conquista de direitos e as ações governamentais de combate à discriminação por orientação sexual.

¹ Ressaltamos que nesta tese adotamos o termo LGBT significando (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) por ser este o termo atual e oficialmente utilizado para designar a diversidade sexual no Brasil.

Isto posto, esclarecemos que este trabalho é mais referente que conclusivo, não aponta soluções, não obstante, dele se poderá extrair uma conclusão fundamental, qual seja a de que todo este arcabouço jurídico migra em sua maioria para um mesmo destino: respeitar as liberdades democráticas, enquanto direito fundamental do indivíduo, sendo inconteste que dessa prerrogativa decorre o direito de não ser discriminado em razão da orientação sexual.

1 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA

Esta tese representa o resultado de uma pesquisa científica que tem como objeto de estudo o tema “**Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil**”.

Atualmente, no Brasil e no mundo, os direitos sexuais revelam-se não somente necessários, mas também desafiadores.

Surgem cada vez mais na realidade social, política e jurídica nacional, demandas e reivindicações no que diz respeito à discriminação em razão de orientação sexual. A emergência do tema é patente, tanto na conjuntura nacional quanto na internacional.

A relevância e atualidade do tema podem ser percebidas pelo vasto debate sobre a matéria no âmbito de organismos internacionais, a exemplo da ONU e da União Europeia, assim como o impacto das recentes reformas nas legislações dos estados da Europa, como Espanha, Portugal, Holanda e outros, legalizando as relações homossexuais.

Entretanto, apesar desse grande avanço dos direitos do coletivo LGBTna Europa, a situação no restante do mundo, é ainda muito precária, existindo um grande abismo na legislação internacional como também na legislação interna dos Estados no tocante à criação e à aplicação de normas explícitas para as violações de direitos humanos por motivos de orientação sexual e identidade de gênero e de ações eficazes de combate à discriminação em razão de orientação sexual.

Este trabalho, além de preencher uma importante lacuna na escassa referência sobre a matéria, principalmente no Brasil, trata também de uma abordagem inovadora e original que servirá como importante material para uma compreensão mais adequada da realidade, a ser incorporado por pesquisadores e até mesmo ativistas. Na medida em que o direito – seja na sua formulação oficial, seja na aplicação que os órgãos jurídicos fazem dele – também é um dado da realidade social, sua compreensão e consideração são necessárias para a reflexão e para a prática. Eis a relevância de uma abordagem jurídica dos direitos dos homossexuais.

Para tanto, este trabalho partirá de uma análise do princípio da não discriminação por orientação sexual nos ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro, quanto ao nível de repressão ou de proteção jurídica dos homossexuais. Feito isto, serão arroladas tendências e desafios presentes no cenário brasileiro, objetivando a compreensão da situação presente e das perspectivas desses direitos.

Finalmente, este estudo também torna-se um apelo particular a uma prática transformadora, a estimular os direitos humanos como processos de luta pela dignidade humana, no marco de um Estado Democrático de Direito, norteado pelos princípios da laicidade, do pluralismo e da razão pública. Ao defender o valor da diversidade como elemento a enriquecer a aventureira e efêmera vida humana, esta tese reafirma a crença: a língua dos direitos humanos é a da diversidade.

2 METODOLOGIA

Entendendo por pesquisa a busca sistemática de solução de um problema ainda não resolvido ou de possível solução, é plausível ponderar várias alternativas. No que diz respeito à pesquisa jurídica, ela pode ser científica, ou seja, a que tem por finalidade descrever e criticar os fenômenos definidos como objeto; ou dogmática, isto é, dedicada a indicar estratégias de argumentação e decisão perante conflitos a partir de normas jurídicas estabelecidas.

Esta tese é um trabalho científico original, com o objetivo geral de realizar um estudo crítico e analítico da discriminação por orientação sexual como violação de direitos humanos fundamentais e universais.

Ao aventarmos questões jurídicas específicas relacionadas com a homossexualidade, trabalhamos o seguinte problema: Pode a orientação sexual, no caso, a homossexualidade ser considerada como fator justificador de tratamento jurídico diferenciado ou não?

Assim, definido o objetivo geral e o problema abordado, essa tese possui ainda objetivos específicos, desenhados no desenvolvimento de seus capítulos, a saber:

- a) Identificar na legislação brasileira o direito de ser homossexual, de não ser discriminado em razão da orientação sexual e analisar os princípios constitucionais de proteção à homossexualidade;
- b) Reconhecer os direitos do coletivo LGBT como direitos humanos fundamentais e universais;

- c) Pesquisar o princípio da não discriminação por orientação sexual na legislação e jurisprudência dos organismos internacionais intergovernamentais;
- d) Identificar a legislação relativa à orientação sexual, a fim de situar a discriminação pela referida causa no contexto legislativo dos Estados em escala mundial e, compreender o papel das organizações não governamentais e outros documentos internacionais na promoção e proteção dos direitos do coletivo LGBT;
- e) Reconhecer a contribuição do Movimento Homossexual Brasileiro na luta pela conquista dos direitos dos homossexuais no Brasil;
- f) Verificar a compatibilidade das ações afirmativas com a Constituição brasileira;
- g) Identificar e analisar as ações governamentais de combate à discriminação por orientação sexual.

A execução do trabalho segue uma orientação fundamentada nos objetivos propostos e utiliza, na abordagem do problema como caminho das consequências, o método dedutivo, que é um método lógico e que pressupõe a existência de verdades gerais já afirmadas que servem de base (premissas) para se chegar através dele a conhecimentos novos, ou seja, uma cadeia de raciocínios em conexão descendente do geral para o particular, levando-se à conclusão.

A realização do processo formal e sistemático desse método, no presente trabalho, tem por base o procedimento descritivo, através do qual os dados foram observados, registrados, analisados, classificados e interpretados. Ademais, ao desenvolvermos a pesquisa jurídica, e em face das peculiaridades do direito, houve uma predominância da pesquisa bibliográfica, dado que, para a sua fundamentação teórico-metodológica deita-se mão dos conhecimentos filosóficos, históricos, socioculturais e doutrinários, de várias disciplinas relacionadas e interdependentes. Trata-se, portanto, de um estudo interdisciplinar.

A investigação envereda por uma perspectiva teórica de natureza jurídico-sociológica que, mesmo utilizando-se de várias disciplinas, privilegia o diálogo do discurso jurídico com o discurso atual dos direitos humanos – e se insere em uma postura epistemológica, concebendo o conhecimento como uma “representação” ou “aproximação” do objeto real, o qual lhe serve de perspectiva e referência. É sempre histórico, interessado, refutável, construído e tendente a uma objetivação progressiva. Dessa forma, não possui, em absoluto, pretensões de verdade, e assume, totalmente, o relativismo e o modo fundamentalmente provisório de todo argumento.

Cumprir notar que a pesquisa bibliográfica ajudou a traçar considerações importantes sobre a evolução do princípio da não discriminação em razão da orientação sexual na

normativa e jurisprudência dos organismos internacionais, na legislação mundial, e sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, foi utilizado o método histórico evolutivo no sentido de buscar compreender as transformações sociais e jurídicas, para o surgimento das ações afirmativas.

Em caráter suplementar, também foi utilizado o método hipotético-dedutivo, para a confirmação da hipótese de compatibilidade do princípio constitucional da igualdade, e as políticas públicas afirmativas de combate à discriminação no direito brasileiro.

Finalmente, enfatizamos que a legislação foi analisada a partir dos irrenunciáveis princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, propostos como direitos humanos fundamentais e universais.

3 OBJETOS DE PESQUISA: ROL DE CONCEITOS

A eleição pela exposição do *rol* de conceitos dos principais objetos que serão pesquisados, decorre do entendimento de que sempre que se tem o anseio de examinar determinado assunto, este deve ser precedido, dentro do possível, de uma mínima definição.

Neste contexto, afirma Eco (2007, p. 115-116):

[...] uma tese é um trabalho que, por razões ocasionais, se dirige ao examinador, mas presume que possa ser lida e consultada de fato, por muitos outros, mesmo estudiosos não versados diretamente naquela disciplina.

Assim, numa tese de filosofia, não será preciso começar explicando o que é filosofia, nem, numa de vulcanologia, ensinar o que são vulcões. Mas, imediatamente abaixo desse nível óbvio, será sempre conveniente fornecer ao leitor todas as informações de que ele precisa.

De início, definem-se os termos usados, a menos que se trate de termos consagrados e indiscutíveis pela disciplina em causa. Numa tese de lógica formal, não precisarei definir um termo como "implicação" (mas numa tese sobre a implicação estrita de Lewis, terei de definir a diferença entre implicação material e implicação estrita). Numa tese de lingüística não terei de definir a noção de fonema (mas devo fazê-lo se o assunto da tese for a definição de fonema em Jakobson). Porém, nesta mesma tese de lingüística, se empregar a palavra "signo" seria conveniente defini-la, pois se dá o caso de que o termo se refere a coisas diversas em autores diversos. Portanto, teremos como regra geral: definir todos os termos técnicos usados como categorias-chave em nosso discurso.

É baseado nessa acepção que passamos a apresentar, embora sem discussões doutrinárias nesse momento, os conceitos de direitos humanos e orientação sexual homossexual, importantes para a compreensão adequada da linha de pesquisa abordada no desenvolvimento desta tese.

3.1 DIREITOS HUMANOS

A expressão “direitos humanos” abrange questionamentos importantes, invariavelmente desafiados pelos estudiosos da matéria. A questão terminológica tem implicação capital.

Segundo Peces Barba (1999, p. 21):

El término “derechos humanos” es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos. No en vano se puede decir que tiene esa idea de derechos humanos un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII la de Derecho Natural. Por su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y por la convicción de muchos hombres de que constituyen una garantía para su dignidad, y un cauce, el cauce principal, para su libertad y su igualdad, la comprensión adecuada de los derechos es no sólo una tarea teórica, sino de un gran alcance práctico.

Es, también, un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente[...]

É comum observarmos que, hoje em dia, a crítica faz referência ao valor de determinadas obras artísticas, literárias e até mesmo cinematográficas, dentro da perspectiva da posição de tais obras frente aos direitos humanos. No mesmo sentido, é frequente constatar-mos na mídia comentaristas políticos utilizarem-se da fórmula direitos humanos para avaliar as alternativas da realidade social e política. Há também evidências de que os direitos humanos forneceram a motivação ideal para o funcionamento das organizações internacionais objeto de numerosas convenções internacionais e reuniões, e até mesmo, o incentivo à atividade pastoral das igrejas. Já em outra perspectiva, os direitos humanos operam como uma bandeira na luta pela restituição dos indivíduos e grupos considerados marginalizados do seu gozo. Os exemplos são diversos, e em todos eles é fácil notar a importância que a noção de direitos humanos tem assumido no tratamento dos mais variados argumentos de cunho social, político ou jurídico.

De acordo com Pérez Luño (2005, p. 24):

[...] a medida que se ha ido alargando el ámbito de uso del término «derechos humanos», su significación se ha tornado más imprecisa. Ello ha determinado una pérdida gradual de su significación descriptiva de determinadas situaciones o exigencias jurídico-políticas, en la misma medida en que su dimensión emocional ha ido ganando terreno. Esta situación ha conducido a que fuera empleada en la lucha ideológica para exteriorizar, justificar o agudizar ciertas actitudes, desde posturas en

las que el término “derechos humanos” se ha utilizado con significaciones muy diversas.

Pudiera creerse que esta significación oscura y contradictoria de los derechos humanos, motivada por la hipertrofia de su empleo, era privativa del lenguaje vulgar y, especialmente, del de la praxis política; pero que, frente a ella, existe una caracterización doctrinal clara, unívoca y precisa del término. Conviene disipar cuanto antes esta presunción, ya que en el lenguaje de la teoría política, ética o jurídica la expresión “derechos humanos” ha sido empleada también con muy diversas significaciones (equivocidad), y con indeterminación e imprecisión notables (vaguedad).

De fato, os teóricos não têm sido capazes de suprimir o fulgor emocional que envolve o termo "direitos humanos", ou mesmo impedir as suas consequências ideológicas, muito pelo contrário, em muitas ocasiões, suas teses têm sido expressamente orientadas para potencializá-las.

Um mero exame superficial das várias visões doutrinárias sobre os direitos humanos é suficiente para comprovar a profunda e radical ambiguidade que esse termo adquiriu.

Neste panorama, Pérez Luño (2005), distingue três tipos de definições dos direitos humanos: 1) As tautológicas, são as que não apresentam nenhum elemento que permita identificar tais direitos, por exemplo, "os direitos humanos são aqueles que pertencem ao homem por ser homem"; 2) As formais, são as que não especificam o conteúdo desses direitos, limitando-se a alguma indicação sobre o estatuto desejado ou proposto, por exemplo, "os direitos humanos são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens, e que ninguém pode ser privado"; 3) As teleológicas, são as que apelam para certos valores suscetíveis de diversas interpretações, por exemplo, "Os direitos do homem são as que são essenciais para a melhoria da pessoa humana, para o progresso social, ou desenvolvimento da civilização [...]"².

É certo que sobre o aperfeiçoamento da pessoa humana, o progresso social e o desenvolvimento da civilização, existem as mais diversas e controvertidas opiniões que dependem da perspectiva ideológica de quem as interpreta. Assim, essa falta de um conceito uniforme se justifica pelo fato de que os direitos ou valores considerados fundamentais sofrem uma variação de acordo com o modo de organização da vida social.

Neste contexto, afirma Bobbio (2004, p. 37):

[...] A maioria das definições são tautológicas: "Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem." Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: "Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou

² Cf. Pérez Luño (2005, p. 27).

dos quais nenhum homem pode ser despojado." Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc." E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. O acordo é obtido, em geral, quando os polemistas – depois de muitas concessões recíprocas – consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições que são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação.

No entanto, apesar de tanta controvérsia em torno do tema, assegura Encarnación Fernández (2003, p. 25-26) que:

La noción de derechos humanos en cuanto concepto cultural e histórico, en cuanto ideal regulativo ético y jurídico prepositivo, lleva aparejada desde sus orígenes una vocación de universalidad, una vocación de ser derechos adscritos a todos los seres humanos, cuya titularidad corresponde a todos los seres humanos. Desde el punto de vista histórico de la formación doctrinal de los derechos humanos, esta conexión entre la idea de igualdad y la noción misma de derechos humanos aparece con toda claridad. En general, se considera que la gestación doctrinal del concepto de derechos humanos no se inicia hasta que empieza a abrirse paso la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos. Existe un acuerdo generalizado en lo que respecta a considerar que las raíces filosóficas de los derechos humanos se remontan, y se hallan íntimamente ligadas, a los avatares históricos del pensamiento humanista, entendiendo por tal aquél que afirma la dignidad humana, la dignidad de todo ser humano por el mero hecho de serlo, con independencia de cualquier otra circunstancia. Este pensamiento humanista sentaría las bases para la fundamentación filosófica de tales derechos.

De acordo com Pérez Luño (2005, p. 27):

La significación heterogénea de la expresión “derechos humanos” en la teoría y en la praxis ha contribuido a hacer de este concepto un paradigma de equivocidad. A ello se aúna la falta de precisión de la mayor parte de definiciones que suelen proponerse sobre los derechos humanos, lo que hace muy difícil determinar su alcance. A esa vaguedad conceptual de los derechos humanos se ha referido expresamente Norberto Bobbio, para quien en la mayor parte de las ocasiones esta expresión o no es realmente definida, o lo es en términos poco satisfactorios. [...]

Na verdade, grande parte da confusão teórica e prática, suscitada pelo significado ambíguo e impreciso da expressão "direitos humanos" decorre da própria dúvida que reveste a pergunta: O que são os direitos humanos?

A indefinição da questão resultou em um número de respostas em forma de definições reais que surgiram a partir da pretensão de afirmação de cada palavra, além disso, o termo

"direitos humanos" tem um significado próprio que está no cerne do objeto definido. Estas definições baseiam-se na crença, muito improvável na prática, de que uma definição pode revelar todos os fenômenos cobertos por uma palavra, uma vez que é muito difícil que uma palavra garanta de modo integral e uniforme um vasto domínio de objetos.

Neste entendimento ressalta Pérez Luño (2005, p. 28):

La imprecisión de la pregunta ha propiciado una serie de respuestas en forma de definiciones reales, nacidas de la pretensión de que cada palabra, también el término “derechos humanos” tiene un significado intrínseco que responde a la esencia del objeto definido. Estas definiciones reposan en la creencia, muy improbable en la práctica, de que una definición puede revelar todos los fenómenos efectivamente cubiertos por una palabra, ya que es muy difícil que una palabra cubra un sector totalmente homogéneo de objetos. Quien sigue el método de la definición real, e intenta precisar la esencia de las cosas “si imbarca —en palabras de Uberto Scarpelli— in una delle più disperate imprese filosofiche”. Por ello, no debe extrañar el creciente empleo en la filosofía jurídica y política de definiciones nominales que no se dirigen a la individualización del concepto esencial de su objeto, sino a la determinación de las reglas de uso lingüístico del mismo. Esta actitud, estrechamente ligada al *modus operandi* de la filosofía analítica, sitúa precisamente como centro de su interés la crítica del lenguaje. De este modo, se delimita lo que puede ser dicho con sentido, purificando los dominios del discurso filosófico, jurídico y político de nociones inútiles o ambiguas, o, por lo menos, contribuyendo a elucidar su pluralidad significativa, o a establecer su grado de equivocidad. Con ello se pretende que el lenguaje de estas disciplinas sea un instrumento teórico útil antes que un factor de confusión.

De acordo com Boaventura de Souza Santos (2010, p.12-45):

A complexidade dos direitos humanos reside em que estes podem ser concebidos e praticados, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo subalterno e insurgente; por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica[...] Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado. Trata-se de uma espécie de esperanto, de uma língua franca que dificilmente se poderá tornar na linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo.

É importante também observar que, para além da não unanimidade conceitual, da forte carga emotiva que os direitos humanos possuem, há um grande e variado número de ciências interessadas no tema: política, filosofia, história, direito, sociologia e outras, cada qual atribuindo outras denominações para o que nomeamos direitos humanos, e nem sempre com significados coincidentes. Desse modo, é possível de se encontrar, por exemplo, num mesmo texto legislativo, o emprego de termos diversos para denominar uma mesma realidade. Em se tratando de direitos humanos, são empregadas, de modo confuso, pouco claro ou evidente, expressões como: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e

direitos fundamentais do homem”, dentre outras. Contudo, convém observar que muitas dessas expressões oferecem significados não harmônicos e que o sentido conferido a esses termos está envolvido no contexto histórico da modernidade e inserido em uma cultura individualista e antropocêntrica que confere aos seres humanos a titularidade de direitos pelo simples fato de sua humanidade.

Tavares (2006) faz uma abordagem técnica da questão, e lembra que existe uma tradição doutrinária, que tende a considerar direitos humanos como a conjunção dos direitos naturais, que correspondem ao Homem pelo mero fato de existir, e dos direitos civis, aquele conjunto de direitos que correspondem ao Homem pelo fato de ser membro da sociedade.

Apesar de ser muito frequente, nos instrumentos jurídicos internacionais, a escolha do uso das expressões "direitos do homem" ou "direitos humanos", tem sido muito criticada, pelo fato de que não haveria direitos que não fossem do homem ou humanos.

Neste sentido, afirma Tavares (2006, p. 411):

Em Cartas internacionais é facilmente constatável a preferência pelo uso da expressão “direitos do homem” ou “direitos humanos”. A crítica geralmente levantada contra essas denominações é no sentido de que não haveria direitos que não fossem do homem ou humanos. Observa-se, contudo, como adverte MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no caso brasileiro, que "Os direitos fundamentais, inclusive as liberdades públicas, reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros, mas alguns dos direitos especificados no texto constitucional - direitos esses que não são direitos do Homem, e sim do cidadão, como a ação popular - não são reconhecidos senão aos brasileiros". Em razão disso, não seria correta a utilização do termo, porque, no caso lembrado por FERREIRA FILHO, a expressão, em seu domínio lingüístico, seria mais ampla do que a realidade que verdadeiramente designa (seu conteúdo), já que casos há em que os direitos não são indistintamente dos homens. Diga-se, ainda, que a nomenclatura "direitos do homem" carrega consigo a concepção jusnaturalista, ou seja, a de que o homem, como homem, possui direitos inerentes a sua natureza. E ainda, finalmente, a expressão "abstrai o papel do direito positivo no reconhecimento e proteção desses direitos; abstrai prestações positivas do Estado - direitos econômicos e sociais - também objeto da disciplina".

Adotando a dimensão analítica que só aceita uma interpretação, importa para este estudo a apresentação de eventuais diferenciações conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais.

A distinção conceitual entre ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ assume, assim, para o presente trabalho, relevância destacada, visto que em geral a doutrina diferencia-os quanto ao âmbito de posituação dos direitos: interno ou internacional. Assim, ‘direitos fundamentais’ seriam aqueles direitos do homem positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado, especialmente na Constituição, enquanto a expressão

‘direitos humanos’ é reservada aos direitos dos homens positivados nas declarações e tratados internacionais.

Segundo Konder Comparato (2005, p. 57-58):

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.

Nesta acepção, enquadra-se a distinção conceitual formulada por Pérez Luño que adota como critério distintivo o “diferente grau de concreção positiva”. Assim, o conceito de direitos humanos teria contorno mais amplo, abarcando numa significação descritiva os direitos reconhecidos nas declarações internacionais e, numa análise prescritiva, as exigências que num dado momento histórico referem-se aos valores da dignidade, liberdade e igualdade humanas, ainda que não positivados. Os direitos fundamentais, por outro lado, poderiam ser definidos de forma mais precisa e delimitada espacial e temporalmente, englobando apenas aqueles direitos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo do Estado, em especial pela Constituição.

Neste entendimento, Pérez Luño (2007, p. 46-47), assim dispõe:

[...] el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convênios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigências más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.

Peces-Barba critica essa noção estritamente positiva dos direitos fundamentais, e procura conjugar, no conceito de ‘direitos fundamentais’ a dimensão ética, expressa no

comprometimento destes direitos com o valor da dignidade humana, com a dimensão jurídico-positiva que converte estes direitos em normas básicas materiais do ordenamento jurídico. O objetivo dessa orientação conceitual exposta pelo autor consiste em não incorrer em reducionismos jusnaturalistas que os termos ‘direitos naturais’ e ‘direitos morais’ poderiam conduzir, nem em excessiva orientação positivista levada a efeito pelas expressões ‘liberdades públicas’ e ‘direitos públicos subjetivos’³.

Prosseguindo a discussão sobre a distinção de direitos humanos e direitos fundamentais, Canotilho (1999, p. 369) argumenta que:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁴

Para Sarlet (1989, p. 32), a expressão “direitos fundamentais” tem contornos mais específicos e assim afirma:

[...] o termo direitos humanos se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Segundo Mendes (2007, p. 2):

A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

³ Cf.: Pesces-Barba (1999, 36-38).

⁴ Grifos do autor.

Essas idéias terminológicas indicam as dificuldades em se formular uma definição precisa de “direitos humanos”. Um bom exemplo, neste sentido, é a definição esboçada em termos explicativos, ou seja, destinada a destacar como deve ser usada esta expressão na teoria jurídica e política na atualidade, para alcançar a máxima clareza e rigor das utilizações mais representativas do termo. Neste sentido, assegura Pérez Luño (2005, p. 50): “[...] los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

A doutrina reconhece as dificuldades em se definir direitos humanos, sob o argumento de que “qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir, para o leitor, a exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”. Até porque, como destaca Silva (2006, p. 175):

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluer histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Portanto, conclui Silva (2006, p. 178), que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada [...] porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais [...].

Ressaltamos, contudo, que, nesta tese, optamos pelo o uso da expressão “direitos humanos”, com a intenção de seguir a terminologia empregada por grande parte da doutrina erguida para fundamentar a investigação, além de ser a expressão escolhida pelos documentos internacionais, contudo, reconhecemos que as expressões “direitos humanos fundamentais” e “direitos fundamentais” têm sido utilizadas com mais frequência pela doutrina contemporânea, para designar os direitos das pessoas frente ao Estado.

Parece não haver dúvidas de que os direitos humanos são direitos fundamentais, visto que constituem o alicerce de toda e qualquer sociedade que tem o intuito ser justa e igualitária. Em síntese, os direitos humanos consistem no:

[...] conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁵.

Analisa Silva (2006) que, atualmente, a maioria das constituições do mundo, dentre elas a Constituição Federal brasileira de 1988, espelham-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, não porque não houve outras inspirações, mas devido à sua vocação universalizante.

Analizamos assim que, a principal característica diferenciadora dos direitos humanos em relação ao direito privado é a “universalidade”, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. Embora este conceito fundamentado na universalidade não seja unânime e inteiramente aceito nas diferentes culturas humanas, no mundo contemporâneo, a ideia central abrange certa universalidade⁶.

Neste contexto enfatiza Cançado Trindade (2002, p. 633-634):

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade dos direitos humanos, mais além das diferenças quando a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais [...] A universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração de 1948, veio a ecoar nas duas Conferências Mundiais sobre a matéria (Teerã, 1968, e Viena 1993). Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares, e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

Segundo Konder Comparato (2005, p. 65-67):

⁵ Cf.: Moraes (2002, p. 39).

⁶ Neste lastro, cabe notar que, o art. 5º Declaração de Viena de 1993, assim dispõe: “[...] A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados proteger e promover todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

Quanto aos princípios estruturais dos direitos humanos, eles são de duas espécies: a irrevogabilidade e a complementaridade solidária [...]O princípio da complementaridade solidária dos direitos humanos de qualquer espécie foi proclamado solenemente pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, nos seguintes termos: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

A justificativa desse princípio encontra-se no postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade. É exatamente por isso, como lembrado no início desta Introdução, que todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem.

Cabe ainda advertir que os direitos humanos procuram proteger a pessoa humana não de um indivíduo qualquer, isolado, mas do exercício abusivo do poder, sobretudo das instituições do poder político, econômico, social e cultural. A expressão direitos humanos faz referência aos conflitos entre as pessoas humanas e as organizações de poder, existindo sempre uma situação de desequilíbrio estrutural de forças entre a vítima e o violador, sendo aquela permanente e estruturalmente submissa a este.

Deste modo, temos uma questão de direitos humanos quando se tem uma relação de poder causadora de desigualdade e discriminação, em que a parte vulnerabilizada desta relação é discriminada, violentada, compelida abusivamente aos interesses e/ou vontades da outra parte, como nas relações de poder entre homem vs. mulher, branco vs. negro, rico vs. pobre, hetero vs. homo, entre outras. Em todas essas relações de poder, os direitos humanos visam à defesa da parte vulnerabilizada, sendo, portanto direitos das vítimas, das vítimas de abuso de poder.

Neste sentido, assegura Cançado Trindade⁷:

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua

⁷ In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Apresentação).

evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

Por conseguinte, os direitos humanos não são imparciais, mas tomam partido da pessoa humana e procuram protegê-la, promovê-la e cuidar da sua dignidade, uma vez que qualquer desrespeito à pessoa humana, independentemente de sua condição, significa depauperar e desrespeitar toda a humanidade, porquanto cada pessoa humana, em sua imagem, reflete toda a humanidade.

É curioso também verificar que, embora sejam os Estados encarregados de assegurar a proteção e garantir a eficácia dos direitos humanos, eles são, contraditoriamente, na maioria das vezes, os maiores violadores de tais direitos.

Assim, de um ponto de vista mais extremado, podemos ultimar que o Estado, pelo simples fato de ser Estado, encara o paradoxo de, concomitantemente, desempenhar um duplo papel, de defensor e de violador dos direitos humanos.

Neste entendimento, afirma Bobbio (2004, p.161): “Seríamos tentados a dizer que ocorreu uma inversão radical da fórmula de Hobbes: para Hobbes, todos os Estados são bons (o Estado é bom pelo simples fato de ser Estado), enquanto hoje todos os Estados são maus (o Estado é mau, essencialmente, pelo simples fato de ser Estado)”.

3.2 ORIENTAÇÃO SEXUAL HOMOSSEXUAL

Antes de mais nada, é necessário que façamos uma delimitação dos sujeitos da conduta discriminatória em questão.

A partir de uma abordagem teórica das minorias sexuais, identificaremos quem são os sujeitos desta minoria, como também os direitos que envolvem esta categoria. Para tanto, iremos, num primeiro momento, indicar a quem está se referindo quando se trata das minorias sexuais, pois somente a partir do reconhecimento ou da identificação destes sujeitos é possível discorrer de forma mais específica sobre a defesa de seus direitos.

Destarte, examinaremos inicialmente, a terminologia empregada no estudo específico desta discriminação, bem como buscaremos dimensionar quem são as pessoas pertencentes a grupos de minorias diferenciadas pela sua orientação sexual e o que as tornam "diferentes" das demais.

A questão da nomenclatura a ser utilizada para definir os sujeitos discriminados em razão da sua orientação sexual é uma tarefa bastante difícil e precede a própria discussão do tema proposto. Existe uma série de disputas legais e políticas que se expressam de antemão com a escolha da nomenclatura empregada, mas que extrapolam o objetivo deste trabalho e, portanto, não serão aqui abordadas.

Hoje em dia, a expressão LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) tem sido amplamente usada pelos ativistas desta comunidade por entenderem que esta formulação, além de mais inclusiva, tem a virtude de destacar diferenças entre aqueles que se encontram comprometidos com o mesmo comportamento sexual ou de relacionamento. Além disso, inclui explicitamente travestis, transexuais e transgêneros entre as convencionais relações de sexos, gênero, orientação sexual e identidade pessoal.

Inicialmente, a expressão mais comum era GLS, para representar: gays, lésbicas e simpatizantes. Com a evolução do movimento contra a homofobia e da livre expressão sexual, a sigla GLS foi alterada para GLBS, ou seja Gays, Lésbicas, Bissexuais e Simpatizantes que logo foi mudado para GLBT e GLBTS com a inclusão da categoria dos transgêneros (travestis, transexuais, transformistas, *crossdressers*, bonecas e drag queens dentre outros). A sigla GLBT ou GLBTS perdurou por pouco tempo pois o movimento lésbico ganhou mais sensibilidade dentro do movimento homossexual e a sigla foi alterada para LGBTTS. Atualmente a sigla mais completa em uso pelos movimentos homossexuais é LGBTTTS, que significa: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Simpatizantes, sendo que o “S” de simpatizantes pode ser substituído pela letra “A” de Aliados ou acrescido a Letra “Q” de Queer que não é muito comum, porém é utilizada em alguns países e por alguns grupos do movimento gay ou ainda a letra I de intersexuais. A inclusão do “L” na frente da sigla do movimento gay deu-se pelo grande crescimento do movimento lésbico e pelo apoio da comunidade gay às mulheres homossexuais.

No Brasil, o termo atual oficialmente usado para a diversidade é LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). A alteração do termo GLBT em favor de LGBT foi aprovada na 1ª Conferência Nacional GLBT realizada em Brasília no período de 5 a 8 de junho de 2008. A mudança de nomenclatura foi realizada a fim de valorizar as lésbicas no contexto da diversidade sexual e também de aproximar o termo brasileiro ao termo predominante em várias outras culturas⁸.

⁸ A mudança da sigla GLBT para LGBT, aprovada em congresso nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, realizado em Brasília em 2008, vem dividindo opiniões dentro da própria comunidade. Há quem defenda o uso do "L", em referência às lésbicas, no início da sigla, o que daria mais visibilidade às

Neste trabalho, diante desta “sopa de letras”, optamos por utilizar a expressão LGBT, por ser o termo oficialmente usado no Brasil e por apresentar maior visibilidade. Não obstante, utilizaremos a expressão para designar especificamente as questões pertinentes à homossexualidade (*gays* e *lésbicas*), uma vez que as escolhas que definem estes grupos são geradas em virtude da direção do desejo ou da conduta sexual que identificam, especificamente, os denominados “homossexuais”.

Esta opção se explica em razão das particularidades e situações específicas de cada grupo, como por exemplo, os travestis e transexuais, que vão muito além da simples atração e conduta sexual por pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto, envolvem questões de estereótipo, e não raras vezes alterações dos próprios membros e identidade sexuais. Desta forma, a abordagem destas tantas outras categorias poderia demandar, quiçá, um outro estudo.

Assim, considerando que de acordo com o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD⁹, atualmente a palavra “sexo” é usada em dois sentidos diferentes: um refere-se ao gênero e define como a pessoa é, ao ser considerada como sendo do sexo masculino ou feminino; e o outro se refere à parte física da relação sexual. Sexualidade transcende os limites do ato sexual e inclui sentimentos, fantasias, desejos, sensações e interpretações.

Não é simples definir onde está localizado o limite entre a sexualidade humana normal e a anormal, já que estes conceitos estão mais relacionados a atitudes sociais do que a dados científicos. Alguns autores afirmam que os conhecimentos científicos que temos a respeito do

reivindicações das mulheres. Para outros, a mudança principal tem que ser na atitude e não na nomenclatura. Há também quem afirme que o “L” atende à reivindicação de feministas, e nada tem a ver com gays e lésbicas.

O secretário municipal de Assistência Social da prefeitura do Rio de Janeiro e militante gay, Marcelo Garcia, acredita que a mudança é uma coisa natural, mas o debate totalmente desnecessário e afirma: “Acho o debate sobre a mudança da sigla uma bobagem. Temos que lutar por direitos. O que muda a luta se muda a sigla? Nada. Gastar tempo nesse debate é perder o foco da luta. A mim, como gay, não altera nada ter o L na frente. Discutir letra é discutir perfumaria.”

Com pensamento oposto, outro militante, Cláudio Nascimento, superintendente de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos, que pertence à Secretaria estadual de Ação Social e Direitos Humanos, diz que a mudança é uma antiga demanda das lésbicas, finalmente atendida e assegura que não é só uma mudança estética. Tem um caráter político importante que é considerar a questão de desigualdade de gênero dentro do movimento LGBT, já que boa parte da visibilidade social e política ainda recai sobre os gays. É importante, sim. Primeiro, porque sempre foi uma reivindicação das lésbicas e segundo porque não houve desacordo entre os outros grupos.” Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,MUL5971885606,00MUDANCA+DE+SIGLA+DE+GLB+PARA+LGBT+DIVIDE+COMUNIDADE+GAY.html>>. Acesso em: 27 jun. 2009.

⁹ A criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, em outubro de 2001, foi uma das primeiras medidas adotadas pelo governo brasileiro para implementação das recomendações oriundas da Conferência de Durban. Entre as vertentes temáticas tratadas pelo CNCD está o combate à discriminação com base na orientação sexual. Representantes de organizações da sociedade civil, dos movimentos de gays, lésbicas e transgêneros integram o CNCD e, em 2003, criou-se uma Comissão temática permanente para receber denúncias de violações de direitos humanos, com base na orientação sexual.

tema ainda são inconcretos, e seria um erro tentar definir rigidamente a normalidade sexual. Com relação à saúde mental dos homossexuais, eles podem não ter nenhuma dificuldade psíquica e estar perfeitamente adaptados ao trabalho e à sociedade, ou por outro lado, apresentar uma ampla variedade de transtornos psíquicos exatamente iguais aos heterossexuais. A perseguição e repressão da sociedade aos homossexuais fariam uma parte da população deste grupo sofrer de distintos graus de neurose, mas estas não teriam relação com a orientação sexual, mas sim com a dificuldade que representa ser homossexual em nossa sociedade.¹⁰

Ao abordarmos o tema Orientação Sexual, buscamos analisar a sexualidade como algo inerente à vida e à saúde, que se expressa no ser humano, do nascimento até a morte. Relaciona-se com o direito ao prazer e ao exercício da sexualidade com responsabilidade. Engloba as relações de gênero, o respeito a si mesmo e ao outro e à diversidade de crenças, valores e expressões culturais existentes numa sociedade democrática e pluralista.

Há um consenso de que orientação sexual é a identidade que se atribui a alguém em função da direção de sua conduta ou atração sexual. Se essa conduta ou atração se dirige a alguém do mesmo sexo, denomina-se orientação sexual homossexual; se, ao contrário, a alguém de sexo oposto, denomina-se heterossexual; se pelos dois sexos, bissexual.

A maioria das pessoas tem uma ideia imprecisa de certos termos que parecem ser fáceis, mas que na realidade causam uma grande confusão. Portanto, na busca de uma definição de homossexualidade, torna-se também imprescindível fazermos uma diferenciação entre termos e expressões conceitualmente próximas, mas que, na opinião de Baile (2008, p. 30) podem ser confundidas:

Orientación sexual: Tendencia interna y estable que provoca tener reacciones psicológicas de tipo sexual, así como el deseo de mantener conductas sexuales con personas de diferente sexo o del mismo sexo. Clásicamente la orientación sexual se ha dividido en tres tipos: heterosexual, homosexual y bisexual.

¹⁰ Na opinião de Martínez-Calcerrada (2005, p. 62): “Muchos homosexuales no se aceptan como tales y eso supone una gran carga de sufrimiento y de temor. Entre los miedos más frecuentes están: miedo a la propia vergüenza: miedo a ir contra corriente em la sociedad; miedo a la recriminación pública o a ser socialmente marginado; miedo a ser calificados como anormales: tienen la impresión de que no se encajan en el mundo, y miedo a ser etiquetados como anormales; miedo a tratar el tema del sexo en el ambiente familiar: tratan de ocultar lo que sienten incluso a los más cercanos; miedo a perder familiares y amigos: temen el rechazo o el abandono; miedo a la Duda sobre la propia sexualidad: por los mensajes que emite la sociedad, se sienten muchas veces como unos bichos raros; miedo a la violencia: cada vez son más los homosexuales que sufren violencia por parte de otras personas, debido exclusivamente a su tendencia homosexual; miedo por el prejuicio del llamado “ligue” erótico: las personas heterossexuales piensan que los homosexuales siempre lo que están pensando es en ligar y, por eso, tienen una actitud defensiva hacia éstos; miedo a la discriminación económica o laboral: si se desvelan lo que son y lo que sienten, pueden sufrir discriminación en sus ambientes de trabajo; miedo al SIDA: pese a que el SIDA no hace distinción entre heterossexuales y homosexuales.

Homosexual: Relativo a relación erótica y/o sexual entre personas del mismo sexo. Dos hombres que se besan eróticamente están teniendo un contacto homosexual. No debemos considerar automáticamente que alguien que tiene un contacto homosexual es una persona homosexual. Cualquiera puede tener contactos de carácter homosexual independientemente de su orientación sexual.

Homosexualidad: Con este termino nos referimos a una de las posibles formas que puede adoptar la orientación sexual de una persona.

Persona homosexual: Se referiría a aquella persona que tiene una orientación sexual predominante o exclusivamente de tendencia homosexual. Esta persona tiene reacciones psicológicas y conductas (o las desea) principalmente con personas de su mismo sexo. Puede ocurrir que una persona homosexual nunca llegue a tener un contacto homosexual, o que tenga contactos heterosexuales, pero la consideraríamos persona homosexual porque su orientación sexual interna es de este tipo, se manifieste de forma evidente o no.

Gay: Gay es un término anglosajón que originariamente se utilizaba para calificar de «alegres y festivos» a ciertas personas. Hoy en día, en muchos contextos sociales y textos científicos sirve como sinónimo de persona homosexual. En algunas ocasiones se da por supuesto una diferencia de matiz entre el término gay y el término persona homosexual, y que conviene conocer. Para algunos, persona homosexual sería un término fundamentalmente técnico y clasificatorio, y el término gay sería un concepto más social, y se referiría a aquella persona homosexual que vive su orientación sexual de una forma abierta, incluso con manifestaciones de orgullo.

De acordo com o CNCD (2004, p. 29):

Orientação sexual é a atração afetiva e/ou sexual que uma sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar, ou não, os nossos sentimentos, os psicólogos não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato de vontade.

Na tradução e adaptação do folheto da Associação Americana de Psicologia, por Ramirez e Picazio (2007, s/p):

Orientação sexual é a atração afetiva e ou sexual que uma pessoa sente pela outra. É o impulso erótico que atrai nosso olhar, interesse e desejo por alguém. Distinguem-se facilmente dos outros componentes da sexualidade, entre eles o sexo biológico, a identidade sexual (o senso psicológico de ser homem ou mulher) e o papel social de gênero (a adesão a normas culturais de comportamento masculino ou feminino).

A orientação sexual existe um continuum que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. As pessoas bissexuais podem vivenciar atração sexual, impulso erótico por pessoas do sexo igual ao seu como pelo sexo oposto. As pessoas com orientação sexual homossexual são chamadas popularmente de gays (homens) ou lésbicas (mulheres).

A orientação sexual é diferente do comportamento sexual (papéis sexuais de gênero) porque diz respeito aos sentimentos e à imagem que a pessoa tem de si mesma. É

errôneo diagnosticarmos a orientação sexual de uma pessoa por seu comportamento sexual.

A atração homo, hétero ou bissexual não é uma escolha do indivíduo – tal fato é unânime na literatura pesquisada. Portanto, o termo “opção sexual”, além de irreal, é impróprio, pois denotaria uma escolha do indivíduo em relação a sua sexualidade. E quem escolhe pode mudar sua escolha. Tal fato não ocorre entre os homossexuais, pois sua orientação sexual não é uma escolha, mas sim algo tão natural para eles, e impositivo, quanto à heterossexualidade – ninguém é heterossexual por haver escolhido sê-lo.

Nesse sentido afirma Sullivan (1996, p. 22-23):

[...] para a esmagadora maioria dos adultos, a condição homossexual é tão involuntária como a heterossexualidade o é para os heterossexuais [...] Se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser – o que é uma boa prova de que não existe opção. Homens que tiveram um casamento feliz durante anos acabam desmoronando e revelando a verdade sobre si mesmo; pessoas dedicadas a extirpar o homossexualismo da face da terra já sucumbiram à percepção de que elas também são homossexuais; indivíduos com firme intenção de expulsá-la de dentro de si acabaram derrotados, às vezes em desespero, milhares e milhares se suicidaram para não enfrentar o fato, ou justamente porque o enfrentaram. Não estavam fugindo de uma quimera, nem correndo atrás de uma ilusão; estavam experimentando algo real, fosse o que fosse.

Indagar sobre a origem da palavra é procurar o real significado homossexualidade na história da humanidade¹¹. Em verdade, a palavra "homossexual" deriva do grego, no que

¹¹ A título ilustrativo, é interessante observar que, a homossexualidade também está presente entre os animais, pois recentemente dois pinguins machos "gays" chocaram um ovo abandonado e agora estão criando o filhote como se fossem pais adotivos, informou o zoológico de Bremerhaven, no norte da Alemanha. O zoológico entregou aos machos Z e Vielpunkt o ovo, que havia sido rejeitado pelos pais biológicos, depois que o casal foi observado tentando chocar uma pedra. Segundo o zoológico, o casal parece feliz criando o filhote, nascido há quatro semanas. O zoológico de Bremerhaven ficou conhecido em 2005 por conta de seus planos de "testar" a orientação sexual de pinguins com características homossexuais.

Na época, três casais de pinguins machos foram vistos tentando cruzar um com o outro, e tentando chocar pedras, entre eles Z e Vielpunkt. O zoológico chegou a providenciar quatro fêmeas em uma tentativa de levar a espécie ameaçada a se reproduzir, mas o plano foi logo abandonado depois de causar revolta entre defensores dos direitos gays, que acusaram o zoo de interferir no comportamento dos animais. Os seis pinguins "gays" permanecem no zoológico, e segundo a instituição, "Z e Vielpunkt aceitaram o presente de Páscoa" e começaram a chocá-lo imediatamente. Desde o nascimento do filhote, eles vêm se comportando do modo que você esperaria de um casal heterossexual. Os dois pais felizes passam os dias protegendo seu filhote adotado, cuidando dele e alimentando-o. Os pinguins de Humboldt são normalmente encontrados na costa do Peru e do Chile, mas segundo a agência de notícias AFP, sua população vem decrescendo por causa da pesca intensiva na região. O comportamento "gay" entre pinguins machos já havia sido observado, inclusive alguns teriam criado filhotes adotivos. O comportamento homossexual é bastante documentado entre várias espécies animais, mas não é compreendido em detalhes, afirma o professor Stuart West, um biólogo especializado em evolução da Universidade de Oxford. Segundo West, algumas teorias indicam que a atividade homossexual pode servir objetivos diferentes - no caso dos macacos bonobos, por exemplo, poderia estar relacionada à ligação social e ao estabelecimento da dominância. Em algumas espécies de pássaros, fêmeas se juntam para criar os filhotes. Outros animais podem simplesmente exibir uma "tendência a acasalar", enquanto outros podem, como seres humanos, gostar de sexo sem fins para procriação. "A homossexualidade não é incomum entre os animais",

tange ao prefixo *hómos* (o mesmo, semelhante), e do latim, no que tange ao sufixo *sexu* (relativo ou pertencente ao sexo), de onde se depreende que o termo pode ser definido como caracterizador de pessoas que possuem preferência e satisfação em manter relacionamentos afetivos e sexuais com indivíduos de idêntico sexo (BAHIA, 2006).

Com efeito, a palavra homossexual já em sua raiz apresenta uma evidência depreciativa, pois o médico inventou-a, com o fim de esclarecer determinadas patologias sexuais decorrentes de falhas da natureza.

Cunhado no final do século XIX, para referir-se a atração sexual entre pessoas do mesmo sexo, o termo “homossexualidade” apareceu, pela primeira vez, em um panfleto alemão de autoria anônima, publicado em 1869, que se opunha a uma lei prussiana de antissodomia. No mesmo ano, o termo homossexualidade foi utilizado por um médico húngaro, Karoly Benkert. É interessante ressaltar que antes disso, não havia um termo específico para designar esta variante da orientação sexual. Entretanto, já existia, há séculos, designações relativamente pejorativas¹² como a de sodomita para aqueles que praticavam o sexo anal e que por extensão se atribuíam às pessoas homossexuais. Não obstante, um homem podia ser sodomita somente com mulheres.

Segundo Foucault (2003, p. 43-44):

[...] É necessário não esquecer que essa categoria psicológica, psiquiátrica e médica da homossexualidade constituiu-se no dia em que foi caracterizada – o famoso artigo de Westphal em 1870, sobre as “sensações sexuais contrárias” pode servir de data natalícia – menos como um tipo de relações sexuais do que como uma certa qualidade da sensibilidade sexual, uma certa maneira de inverter, em si mesmo, o masculino e o feminino. A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie.

A história da homossexualidade tem sido uma história de rejeição, exclusão, discriminação e nenhuma sociedade, de uma maneira ou outra, deixou de perseguir a

declarou o zoológico de Bremerhaven. "Sexo e acasalamento no nosso mundo não necessariamente têm algo a ver com reprodução." Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/06/090604_pinguins_gays_ba.shtml?s>. Acesso em: 05 jun. 2009.

¹² No Brasil são mais de sessenta nomes diferentes usados para descrever os homossexuais, quase todos usados mais como insulto do que como nome próprio. Em Pernambuco chamam os gays de frango, no Rio de Janeiro de boiola, no Maranhão de qualira, no Ceará de baitola, na Bahia de chibungo. Fonte: ABC DOS GAYS. Cartilha para desenvolver a autoestima, cidadania e a promoção de práticas sexuais mais seguras de prevenção da AIDS para homossexuais. 2. ed. Salvador:Grupo Gay da Bahia, 1996.

homossexualidade. Até mesmo em Roma e na Grécia¹³, que em teoria foram tolerantes em relação ao tema, não a deixaram de punir, pois ainda que permitida e tolerada em longos períodos da história, sua existência nunca gerou uma aceitação absoluta, isso se tratamos da homossexualidade masculina, pois se nos referimos à homossexualidade feminina, percebe-se uma total invisibilidade¹⁴ demonstrando assim seu maior grau de desaprovação, o que foi constatado posteriormente em diversos momentos históricos, em que homens e mulheres homossexuais foram censurados pelas instituições religiosas, gerando uma rejeição social, que no futuro, resultou no rechaço e discriminação institucional nos Estados do passado e do presente.¹⁵

¹³ Neste sentido afirma Dodsworth (2007): “É assaz comum, no que concerne aos argumentos de alguns militantes gays acerca da homossexualidade, referir-se – ingenuamente – à antiga Grécia como um exemplo espetacular de civilização tolerante para com a prática homoerótica, considerando a civilização judaico-cristã como atrasada em relação à realidade homossexual. A partir desta comparação histórica, evoca-se a idéia de um relativismo moral e questionam-se as bases do preconceito moderno. Todavia, muitos militantes parecem ignorar que, no que tange à antiga Grécia, temos interdições tão claras quanto as interdições atuais, muito embora sejam interdições diferentes[...]quem enxerga a antiga Grécia como um paraíso da diversidade gay, se equivoca profundamente. De acordo com Paul Veyne, em sua obra *“A Homossexualidade em Roma”*, um homófilo passivo (diat ithemenos) era alvo de desprezo e de rejeição, sobretudo por parte do exército. Veyne conta que certa feita um homossexual passivo foi poupado de ser decapitado, porque o imperador não queria que a lâmina do gládio do carrasco fosse conspurcada por tão “aviltante criatura” (sic). A afeminação masculina era vista pelos antigos greco-romanos como algo desprezível. De modo análogo, muito embora por razões diferentes, muitos homossexuais modernos parecem sofrer da mesma aversão à passividade sexual masculina”[...]. Ainda neste mesmo contexto, afirma Finnis (1997): All three of the greatest Greek philosophers, Socrates, Plato and Aristotle, regarded homosexual conduct as intrinsically shameful, immoral, and indeed depraved or depraving. That is to say, all three rejected the linchpin of modern "gay" ideology and lifestyle .

¹⁴ Nesse entendimento, afirma Ferríz Papí (2007, p. 155): [...] De hecho las relaciones lésbicas son ocultadas mayormente. Ser mujer supone una doble discriminación social: por ser mujer y por ser lesbiana. La mujer se há visto siempre em segundo plano en cuanto a su sexualidad y el placer que pueda encontrar en sus relaciones. En tiempos antiguos, no se consideraba que la mujer tuviera placer ni deseo sexual. Era el hombre que se sentia atraído por la mujer, y por eso susceptible de pecar si esa relación no era consagrada [...].

¹⁵ De acordo com Amaral (2010, p.170-171): O preconceito e a discriminação em relação à orientação sexual é tão grave no Brasil que Luiz Mott, fundador do Grupo Gay da Bahia, redigiu texto com dez itens tratando da homossexualidade, com o intuito de quebrar tabus e desmistificar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo. O texto foi publicado pela Coordenadoria de Assuntos da Diversidade Sexual (CADS) da Prefeitura de São Paulo, em 2008.

- 1) Ser homossexual não é crime. Nenhuma lei no Brasil condena a prática da homossexualidade. Crime é discriminar gays, lésbicas e travestis. É legal ser homossexual.
- 2) Homossexualidade não é doença. Todas as Ciências garantem: é normal ser homossexual. Querer "curar" o homossexual é ignorância.
- 3) Homossexualidade não é pecado. Os gays e lésbicas também se amam e foram criados por Deus. Jesus nunca condenou os homossexuais.
- 4) A homossexualidade sempre existiu. O amor homossexual é tão antigo quanto a própria humanidade – e nunca vai acabar.
- 5) Todos os povos praticam o homoerotismo. Em muitas tribos indígenas e africanas os sacerdotes e as próprias divindades são homossexuais.
- 6) A homossexualidade é natural, e inúmeras espécies animais praticam a homossexualidade. Os gays não ameaçam a extinção da espécie humana.
- 7) A causa da homossexualidade é um mistério. Nada distingue o físico e a mente do gay dos demais cidadãos. Todos somos seres humanos.

Não obstante, podemos afirmar, baseados em estudos antropológicos, históricos e objetivos, que a homossexualidade é uma constante da cultura universal. Notamos sua presença tanto nos povos primitivos como em outros altamente desenvolvidos, tanto em sociedades em decadência como também naquelas que se encontravam em pleno apogeu, independente dos seus valores religiosos.

Neste diapasão, observa Martínez-Calcerrada (2005, p. 47-48):

Siempre se menciona a los griegos, que habían alcanzado altísimos niveles culturales y políticos, como propicios al amor homosexual. En esto cabría hacer una aclaración: en principio eran partidarios de un pansexualismo, es decir, un culto al amor y al erotismo. No solían ser homosexuales exclusivos y amaban la virilidad total. Esto se apoyaba en una verdadera aversión o desprecio por las mujeres (misoginia), a quienes consideraban inferiores. Platón, en «el Banquete», aconsejaba enviar a la guerra a parejas de varones para que se defendieran mutuamente. Algo de esto ocurría con la pareja de Aquiles y Patroclo, en «La Ilíada».

Los romanos continúan en cierta manera con este tipo de amor y junto a sus mujeres poblaban sus lechos de bellos efebos y favoritos. Es célebre el caso de Adriano (y recordemos la magistral novela «Memorias de Adriano» de M. Yourcenar) que amaba a las mujeres pero que desfalleció cuando se suicidó el joven Antinoo, que era su favorito. En esto los griegos y los romanos instauran un tipo de relación maestro discípulo, en la que también interviene el erotismo de los cuerpos. Pero había que hacer la salvedad de que estos amores homosexuales se conocen desde el marco de las prácticas sexuales de las clases dominantes, que eran, en última instancia, las que escribían las crónicas de la época.

No mesmo entendimento, afirma Bruquetas (2002, p. 15-17):

En las sociedades primitivas la homosexualidad jamás fue un problema, porque su existencia, demostrada por el sentido común como un aspecto más de la sexualidad humana, ni mejor ni peor que otros, aunque al parecer sí minoritario en todas las sociedades, no tuvo la consideración de algo especial ni diferente [...]

No obstante, aún hoy, alguna gente piensa que esto no pudo ser así y que todo lo que se cuenta de sociedades antiguas tolerantes con la homosexualidad o abiertamente homosexuales sólo es fruto de la leyenda o incluso de una historia tergiversada por intereses inconfesables. Persistir en esta idea es desconocer absolutamente el alma humana, no entender el pasado y querer enfrentarse gratuitamente con la Historia haciendo una lectura sesgada de la misma.

Observamos ainda que as práticas homossexuais têm sido uma constante nas sociedades masculinas fechadas como as militaristas, sociedades secretas ou confrarias. O

8) A Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação. O preconceito contra lésbicas, gays e travestis é um tipo de racismo. Denuncie a discriminação homofóbica.

9) A AIDS não é doença gay. A AIDS se transmite através do sangue, esperma e secreção vaginal. Só pratique sexo sem risco, e com camisinha sempre.

10) Conheça algumas celebridades que praticaram o homoerotismo ou foram travestis: Platão, Safo, Santo Agostinho, Leonardo da Vinci, Joana d'Arc, Shakespeare, Miguel Ângelo, Mazaropi, Mario de Andrade, Santos Dumont, Imperatriz Leopoldina, Maria Quitéria, Gilberto Freyre, Martina Navratilova, Marina Lima, Elton John, Renato Russo, Angela Rorô, entre outros.

judaísmo instaurou a pena de morte contra as práticas homossexuais masculinas por violar o princípio fundamental do Gênesis “crecei e multiplicai-vos”. Entretanto, essa mesma penalização fala da existência de tal prática. O cristianismo, através de Paulo, condena explicitamente as práticas homossexuais, inclusive as femininas. Sabe-se igualmente que na idade média vinculavam os homossexuais às práticas de bruxaria e pactos satânicos e muitos foram queimados em fogueiras, mas, na escuridão e silêncio dos conventos e claustros, a homossexualidade persistia, como bem relata Umberto Eco em “O nome da rosa”. A homossexualidade também tem servido como pretexto para castigar opositores, personagens dissidentes ou hereges.

Neste sentido, são famosos os casos de Oscar Wilde¹⁶, o escritor inglês que irritava os círculos aristocráticos e burgueses Vitorianos, o massacre na Alemanha de Hitler, ou nas cortes britânicas quando se quer obrigar algum ministro ou político incômodo a renunciar.¹⁷

Desde final do século XIX e durante todo o século XX, tem-se procurado dar uma resposta à pergunta sobre a causa de uma pessoa ser heterossexual ou homossexual. Pergunta que para alguns não tem o menor valor, mas, para outros, é de crucial importância, para elucidar se a homossexualidade é algo natural ou não, se tem uma origem natural ou se resulta de um processo patológico de ordem biológica, psicológica ou social.

¹⁶ Vale lembrar que os arquivos secretos de um dos julgamentos (supostamente criminais) mais famosos da história do Reino Unido, inclusive o escândalo homossexual de seu protagonista, Oscar Wilde, podem ser acessados pela Internet desde 2008. Ao todo, os documentos mantidos no tribunal Old Bailey abrangem mais de 210 mil casos entre os anos 1674 e 1913, segundo afirma o jornal inglês Daily Telegraph. A transcrição dos arquivos para o meio eletrônico é um projeto idealizado pelas Universidades de Sheffield, Hertfordshire e Open University, e podem ser acessados pelo portal Old Bailey Online, através do endereço www.oldbaileyonline.org. Disponível em: <http://mixbrasil.uol.com.br/mp/upload/noticia/11_101_66592.shtml>. Acesso em: 03 maio 2008.

¹⁷ Um outro caso de muita repercussão foi o do Cardeal Newman, conforme publicou o El País em sua edição eletrônica em 21 set. 2008.

Segundo a reportagem, a ordem dada pelo papa Bento XVI para a transladação do túmulo do cardeal inglês John Henry Newman, um dos seus principais guias intelectuais, com vista a apressar a beatificação do famoso prelado, levantou um grande escândalo nos meios católicos pelo lado que menos se esperava: o sexo.

“O cardeal Newman era homossexual”, proclamam os ativistas gays britânicos. Como defesa desta afirmação servem-se da oração fúnebre que dedicou ao seu colaborador, o padre Ambrose St. John, falecido em 1875 e 15 anos mais novo do que Newman. Viveram juntos 30 anos. O cardeal sobreviveu-lhe outros 15 anos e pediu para ser enterrado no mesmo túmulo de Ambrose, a quem, segundo as suas próprias palavras, “havia amado com um amor tão forte como o de um homem por uma mulher.”

Peter Thatchell, ativista dos direitos dos homossexuais britânicos, interpreta esta passagem como uma “saída do armário.” Vê a mesma intenção no epitáfio inscrito na tumba do cardeal e do seu amigo em Rednall, uma terriola do centro de Inglaterra. Nele lê-se: “Ex umbris et imaginibus in veritatem (das sombras e das imagens rumasse à verdade). Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/reportajes/amores/cardenal/Newman/elpepusocdmg/20080921elpdmgrep_6/Tes>. Acesso em: 21 set. 2008.

Ao longo de mais de cem anos, foram propostas diversas teorias explicativas da homossexualidade. As primeiras surgiram no final do século XIX, com a proposta de ser um processo patológico do desenvolvimento sexual. Posteriormente a teoria psicanalítica centrou sua análise no desenvolvimento psicosssexual e nos conflitos na infância e adolescência. Nos anos 50 e 60, do século XX, tornaram-se relevantes, na explicação psicológica, as teorias da aprendizagem social, e foram paralelamente iniciados os estudos sobre a possível origem biológica (Baile, p.78-79), concentrando-se a atenção nos efeitos pré-natal dos hormônios.

Desde os anos 80, como igualmente tem ocorrido em outras áreas do conhecimento, muitos pesquisadores têm dirigido seus olhares para as possíveis diferenças neuroanatômicas entre pessoas homossexuais e heterossexuais, em que radicaria a origem da orientação sexual, e, inclusive, para a possível existência de um gene da homossexualidade. Outra perspectiva explicativa é a trazida pelos antropólogos, afirmando que, em muitas culturas, os comportamentos homossexuais têm uma função social.

Apesar das numerosas propostas de explicação da homossexualidade e da pretensão de exclusividade de algumas, segundo Baile (2008, p.120), considera-se que nenhuma delas seja suficiente para explicar o fenômeno na sua totalidade, portanto, atualmente impõe-se uma visão multidimensional.

É importante, além disso, lembrar a definição termo de acordo com o CNCD (2004, p. 29):

[...] A homossexualidade é a atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma que a heterossexualidade (atração por uma pessoa do sexo oposto) não tem explicação, a homossexualidade também não tem. Depende da orientação sexual de cada pessoa. Por esse motivo, a Classificação Internacional de Doenças (CID) não inclui a homossexualidade como doença desde 1993.¹⁸

¹⁸ Significativo também para este trabalho é a classificação de Homossexualidade, segundo padrão de conduta e/ou identidade sexual do Programa Brasil sem homofobia que assim dispõe:

HSH: sigla da expressão “Homens que fazem Sexo com Homens” utilizada principalmente por profissionais da saúde, na área da epidemiologia, para referirem-se a homens que mantêm relações sexuais com outros homens, independente destes terem identidade sexual homossexual.

Homossexuais: são aqueles indivíduos que têm orientação sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo.

Gays: são indivíduos que, além de se relacionarem afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo, têm um estilo de vida de acordo com essa sua preferência, vivendo abertamente sua sexualidade.

Bissexuais: são indivíduos que se relacionam sexual e/ou afetivamente com qualquer dos sexos. Alguns assumem as facetas de sua sexualidade abertamente, enquanto outros vivem sua conduta sexual de forma fechada.

Lésbicas: terminologia utilizada para designar a homossexualidade feminina.

Transgêneros: terminologia utilizada que engloba tanto as travestis quanto as transexuais. É um homem no sentido fisiológico, mas se relaciona com o mundo como mulher.

Transexuais: são pessoas que não aceitam o sexo que ostentam anatomicamente. Sendo o fato psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se com o sexo oposto, embora dotado de genitália externa e interna de um único sexo. In: BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia:** programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, (2004. p.30).

Vale ainda observar que no Brasil, ainda em 1985, o Conselho Federal de Medicina, antecipou-se à OMS e baixou uma resolução “pela qual a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença e passou a integrar uma das outras circunstâncias psicossociais, como o desemprego, o desajustamento social e as tensões psicológicas”.

Alguns anos após, o Conselho Federal de Psicologia seguiu na mesma trajetória:

[...] Diante das denúncias feitas [...] o Conselho Federal de Psicologia promulgou, em 1999, a Resolução 001 que estabelece, aos psicólogos, normas de atuação em relação ao tema da orientação sexual. Sucintamente, a Resolução considera que os psicólogos não colaborarão com propostas de tratamento e de cura da homossexualidade (LACERDA et al., 2002, p. 167).¹⁹

Destarte, dos três estigmas incorporados à homossexualidade (pecado²⁰, crime, doença)²¹, ela se livrou, ao menos no Brasil, do terceiro. O primeiro estigma ainda persiste, pois algumas autoridades religiosas insistem em tratar a orientação homossexual como

¹⁹ Cf.: BRASÍLIA. DF. Resolução CFP nº01, de 23 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <http://dhepsi.nucleoead.net/moodle/file.php/1/Mecanismos_Nacionais/Resolucao_CFP_001-99.pdf>. Acesso em: 02 set. 2009.

É importante também observar que a **Resolução CFP N.º 01/99** regulamenta que os psicólogos deverão contribuir com seu conhecimento para o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas. Neste sentido proíbe os psicólogos de qualquer ação que favoreça à patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas e proíbe os psicólogos de adotarem ações coercitivas tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

A Resolução impede os psicólogos de colaborarem com eventos ou serviços que proponham tratamentos e cura das homossexualidades, seguindo as normas da Organização Mundial de Saúde e impede que os psicólogos participem e se pronunciem em meios de comunicação de massa de modo a reforçar o preconceito social existente em relação aos homossexuais como portadores de desordem psíquica.

A Resolução não impede os psicólogos de atenderem pessoas que queiram reduzir seu sofrimento psíquico causado por sua orientação sexual, seja ela homo ou heterossexual. A proibição é claramente colocada na adoção de ações coercitivas tendentes à cura e na expressão de concepções que consideram a homossexualidade doença, distúrbio ou perversão.

Os psicólogos não podem, por regra ética, recusar atendimento a quem lhes procure em busca de ajuda. Por isso é equivocada qualquer afirmação de que os psicólogos estão proibidos de atenderem homossexuais que busquem seus serviços, incluindo a demanda de atendimentos que possam ter como objeto o desejo do cliente de mudança de orientação sexual, seja ela hetero ou homossexual. No entanto, os psicólogos não podem prometer cura, pois não podem considerar seu cliente doente, ou apresentando distúrbio ou perversão.

Por fim, cabe salientar que a ética dos psicólogos é laica e, portanto, o exercício da profissão não pode ser confundido com crenças religiosas que os psicólogos, por ventura, professem.

²⁰ Segundo Francisco Umbral (apud, OLMEDA, 2007, p. 24): “El rechazo a la homosexualidad es naturalmente de origen religioso. Toda teología es utilitaria. El homosexual no da hijos para la Guerra ni almas para el cielo. El homosexual, teológicamente, es un parásito”.

²¹ Nesse sentido afirma Borrillo (2001, p. 44): “[...] la homosexualidad goza del triste privilegio de haber sido combatida simultáneamente durante los dos últimos siglos en tanto que pecado, crimen y enfermedad. Si escapaba a la Iglesia, la homosexualidad caía bajo el yugo de la ley laica o bajo el dominio de la clínica médica. Esa crueldad ha dejado huellas profundas en las conciencias de gays y lesbianas, hasta tal punto que ellos mismos interiorizan frecuentemente la violencia cotidiana -de la que son las primeras víctimas- como normal y de alguna manera inevitable”.

pecado²². O segundo, também, porém em circunstâncias especiais, citadas no Código Penal Militar que serão analisadas no desenvolver desta tese.

É importante ressaltar, que aqui não pretendemos discutir as causas da homossexualidade. Tal questão que historicamente tem obcecado cientistas, psicólogos e juristas, nas palavras de Trevisan (2002, p. 31), “[...] parece (-me) dispensável e equivocada. Quando perguntado a respeito, Jean Genet respondeu que, buscar a origem da homossexualidade lhe parecia tão irrelevante quanto tentar saber por que seus olhos eram verdes [...]”.

Assim, concordando com as palavras de Trevisan e Jean Genet, as situações aqui serão abordadas tendo em conta a homossexualidade como um fato consumado, sem precisar de justificção causal. Não obstante, cabe ressaltar que a 43ª Assembleia-Geral da Organização Mundial de Saúde – OMS, em 1990, retirou a homossexualidade da sua lista de doenças ou transtornos mentais, suprimindo-a do Código Internacional de Doenças (CID-10). A partir de 1993, uma grande vitória contra as ideias pré-concebidas, mas não propriamente contra o preconceito, que existe em função da crença de que os homossexuais detêm uma opção de escolha e que só é homossexual quem quer. A decisão se baseou, principalmente, no fato de que não foi provada qualquer diferença existente entre a saúde mental de um indivíduo heterossexual e a de um homossexual.

²² Em junho de 2007, na cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, a ONG Visão Nacional da Consciência Cristã (Vinacc), espalhou pela cidade outdoors com mensagens homofóbicas que causaram polêmica às entidades representantes da comunidade de homossexuais, que decidiram acionar a Justiça e entraram com uma Ação Cautelar, a qual foi apreciada pela juíza da 1ª Vara Civil de Campina Grande, Maria Emília Neiva de Oliveira, que determinou a retirada dos outdoors com a frase “Homossexualismo! E fez Deus o homem e a mulher e viu que era bom”, citando um texto bíblico de Gênesis, assim como panfletos divulgando material contra os homossexuais no site da entidade. Disponível em: <http://gonline.uol.com.br/site/arquivos/estatico/gnews/gnews_noticia_19599.htm>. Acesso em: 19 out. 2008.

PARTE 1

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

1.1 A ONU E A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A Organização das Nações Unidas recomenda, em seus múltiplos documentos, que legisladores, juízes, profissionais do direito, gestores e elaboradores de políticas públicas em geral conheçam e apliquem as normas internacionais de Direitos Humanos, adotem a interpretação dada a essas normas pelos diversos Comitês e Conselhos das Nações Unidas²³, bem como a jurisprudência internacional que tem evoluído no sentido de dar interpretação sistêmica a esses novos direitos. Esse processo de consolidação e de implementação dos direitos humanos tem imposto importantes desafios para os Estados democráticos nas últimas duas décadas, particularmente porque nesse período, e paralelamente à elaboração de Tratados²⁴, Convenções, Pactos e Planos de Ações das diversas Conferências das Nações

²³ Esses Comitês estão previstos em quase todas as Convenções e Pactos das Nações Unidas volvidos para a proteção dos direitos humanos e atuam continuamente no monitoramento das atividades dos Estados-Partes na promoção desses direitos. Tal monitoramento é possível, dentre outros meios, através da apresentação regular, por cada país, de Relatórios Nacionais que apresentam um diagnóstico da situação e das medidas adotadas internamente para implementar compromissos firmados nas Convenções e nos Pactos.

Quando da apresentação desses Relatórios Nacionais, os diversos Comitês das Nações Unidas que monitoram a implementação dos Tratados preparam recomendações específicas para o país em questão e, em sessões especiais, como esforço de sistematização de seu trabalho, formam Recomendações Gerais que devem nortear a ação dos Estados-Partes.

Nesse processo, os vários Comitês destacam o quadro geral da situação examinada como, por exemplo, a saúde das mulheres, a situação dos adolescentes, a disseminação do HIV/Aids; apontam para problemas que devem ser solucionados pelos Estados-Partes o para garantir informações mais qualificadas junto aos Comitês, sanar violações e garantir a realização dos direitos firmados. Por fim, os Comitês elaboram Recomendações Gerais voltadas para a atuação de todos os Estados-Partes na promoção dos direitos humanos, em suas diversas áreas e dirigidas para diferentes sujeitos de direitos.

Além do sistema global, há os sistemas regionais de direitos humanos, na Europa, na África e no continente americano, que possuem mecanismos de monitoramento similares ao do sistema global, reforçando e ampliando regionalmente os princípios e normas do direito internacional dos direitos humanos.

²⁴ No campo do Direito Internacional, os documentos vinculantes que obrigam as partes que o assinaram podem ser denominados indistintamente de tratado, convenção, pacto e carta, entre outros.

De acordo com a Convenção de Viena de 1969, em seu art. 2,1.a “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Note-se que essa convenção determina que o acordo é firmado entre Estados excluindo, portanto, os outros sujeitos do Direito Internacional, tais como, as organizações internacionais. Para suprir essa lacuna, foi firmada a Convenção de Viena de 1986, reconhecendo plenamente a capacidade de celebrar tratados das organizações internacionais, seja com Estados, seja com outras organizações.

Unidas, foram criadas Cortes Internacionais²⁵, especialmente no campo da proteção aos Direitos Humanos. Em diversos eventos, as Nações Unidas têm buscado reforçar o processo de elaboração legislativa e doutrinária relativa aos direitos humanos. Assim, por exemplo, em outubro de 2000, em Viena, foi realizado um Colóquio Internacional Judicial sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁶ no Plano Interno com os objetivos de avaliar as formas de aplicação, pelos tribunais de diferentes países, do Direito Internacional, expresso nas Convenções e Pactos de Direitos Humanos, bem como de examinar as estratégias que pudessem tornar mais efetivos a aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos e os mecanismos para sua difusão. A questão central a ser afirmada é a de que esses instrumentos internacionais são fontes e estabelecem princípios gerais do direito, tendo, por isso, força de lei, gerando jurisprudência e constituindo-se em doutrina jurídica democrática²⁷. São, portanto, instrumentos fundamentais para o

²⁵ Neste contexto, vale destacar que em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, foi ineditamente aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por 120 votos favoráveis, 7 contrários (China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Em 1º de julho de 2002, o Estatuto de Roma entrou em vigor.

O Tribunal Penal Internacional surge como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações dos direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

²⁶ Ao compor objeto de verdadeiro interesse internacional, os direitos humanos transcendem e ultrapassam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São instituídos parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se moldar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos. Consolida-se o movimento do "Direito Internacional dos Direitos Humanos".

Neste sentido, afirma Bilder (1992, apud, PIOVESAN, 2007, p. 6): "O movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. [...] Embora a idéia de que os seres humanos tenham direitos e liberdades fundamentais, que lhe são inerentes, há muito tempo tenha surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos constituem objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. [...] Muitos dos direitos que hoje constam do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas."

²⁷ Os tratados internacionais dos direitos humanos são ratificados no pleno e livre exercício da soberania dos Estados, gerando obrigações e responsabilidades no campo internacional e no nacional. Esses documentos são resultado e expressão de um consenso entre países que os elaboram e assinam.

Neste sentido, a responsabilidade internacional do Estado consiste, para parte da doutrina, em uma obrigação internacional de reparação em face de violação prévia de norma internacional. A responsabilidade é característica essencial de um sistema jurídico, como pretende ser o sistema internacional de regras de conduta, tendo seu fundamento de Direito Internacional no princípio da igualdade soberana entre os Estados.

Com efeito, todos os Estados reivindicam o cumprimento dos acordos e tratados que os beneficiam e, por consequência, não podem recusar-se a cumprir os acordos e tratados, uma vez que todos eles são iguais. Sendo

fortalecimento da democracia com justiça social e devem ser utilizados como bússola nas atividades de elaboradores e gestores de políticas públicas, de legisladores, de magistrados e demais operadores do direito.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com elaboração, aprovação e adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais, como as Convenções e Pactos, que permitiram a formação de um sistema normativo de proteção desses direitos. A Declaração de 1948 definiu como princípios neste campo do direito a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos.

O reconhecimento da dignidade e igualdade contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, emerge naturalmente como marco central do tratamento da discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos. Nesta Declaração se reafirma o valor dos direitos fundamentais do homem, a dignidade, o valor da pessoa humana e a igualdade de direitos de homens e mulheres. O preâmbulo parte da ideia de que os direitos fundamentais têm sua raiz na dignidade e no valor da pessoa humana (parágrafos 1º e 5º, confirmados pelo artigo 1). Por isso, correspondem a todas as pessoas direitos iguais e inalienáveis (parágrafo 1º, confirmado pelo artigo 2). Desta forma, os padrões contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos pressupõem a existência de direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa independentemente da cultura e da sociedade que integram, de modo que a ideia de universalismo proporciona aos indivíduos um conjunto de direitos fundamentais básicos pelo simples fato de serem seres humanos.

Os artigos 1 e 2 esclarecem a noção de direitos humanos que configura toda a Declaração, baseada na ideia da dignidade e da igualdade da pessoa humana. É, precisamente, no respeito à dignidade da pessoa, em que, a falta de uma declaração explícita do princípio de não discriminação em razão de orientação sexual, deve fundamentar-se a proibição dos tratamentos discriminatórios por esse motivo. A dignidade humana impõe o necessário respeito à orientação sexual da pessoa como um aspecto inseparável do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, se os direitos da personalidade são o

assim, um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece a outro. Por seu turno, há jurisprudência internacional determinou que a responsabilidade internacional do Estado é um princípio geral do Direito Internacional. Para Ramos (2004, p. 74): “a responsabilidade internacional do Estado é uma reação jurídica, qualificada como sendo instituição, princípio geral de direito, obrigação jurídica ou mesmo situação jurídica pela doutrina e jurisprudência, pela qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação aos danos causados”.

sustentáculo onde se afirma e reflete a dignidade da pessoa, no caso do livre exercício da sexualidade, independentemente da orientação sexual do indivíduo, estamos diante de uma manifestação do direito da personalidade, por serem afetados por ele tanto a personalidade quanto a dignidade do homem.

Em seu artigo 2, dispõe que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. Isto implica que todos os Estados devem adotar medidas legislativas que proíbam a discriminação e, suprimir as leis, normas, costumes e práticas que promovam a discriminação baseada em qualquer condição do indivíduo. A Declaração opta por uma formulação suficientemente genérica para que se possa nela incluir a proibição de todas aquelas práticas que estejam fundadas na idéia de inferioridade ou superioridade de uns indivíduos sobre outros, o que seria também suscetível de incluir aquelas discriminações fundamentadas na orientação sexual do indivíduo.

Devemos, contudo, ressaltar que a referida Declaração não concede aos indivíduos um direito de ação ou petição perante os órgãos das Nações Unidas para assegurar a realização efetiva dos direitos em questão. Portanto, um dos problemas mais importantes diz respeito ao grau de obrigatoriedade jurídico-internacional positiva da mesma. A vinculação moral da Declaração é comumente aceita, mas juridicamente sua significação é de uma pauta superior de inspiração e critério de interpretação para os órgãos chamados a configurar, desenvolvendo-se convencionalmente ou consuetudinariamente e, em todo caso, aplicando-se por via judicial ou arbitral. A Declaração seria, neste sentido, a expressão da consciência jurídica da humanidade, representada na ONU, e, portanto, fonte de uma lei suprema – *derecho superior* ou *higher Law* – cujos princípios não podem desconhecer seus membros (CHACARTEGUI, 2001, p.132-133).

Neste sentido, afirma Konder Comparato (2005, p. 223-224):

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação*, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto [...]

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto [...]

distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas. E óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional

Ademais, é importante ressaltar outra interpretação, segundo a qual a Declaração teria um valor jurídico-positivo, uma vez que se constituiria no desenvolvimento do previsto na Carta das Nações Unidas de 1945. Destarte, a Carta apenas se limitaria a formular o princípio da promoção internacional dos direitos humanos e liberdades fundamentais, mas sem desenvolvê-lo através de normas concretas, o que realizaria a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Este princípio aparece no parágrafo 2º do Preâmbulo da Carta, em que se proclama que os povos das Nações Unidas estão decididos: “a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas [...]”. Daí que um dos fins da Organização é realizar a cooperação internacional resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (artigo 1, parágrafo 3º).

Além disso, o artigo 55, c, da Carta da ONU reafirma esta finalidade geral de “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e a efetividade de tais direitos e liberdades”.

Não obstante, afirma Chacartegui (2001, p. 133):

[...] en mi opinión, donde más podría apreciarse la vinculación jurídica de los derechos humanos contenidos en la Carta y en la Declaración Universal y del papel activo que han de jugar los diferentes estados em su aplicación efectiva, vendría dado por el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando dispone que «todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55».

Este precepto constituye un argumento muy importante a favor de aquellas teorías partidarias de promocionar el papel activo de los estados em la defensa de los colectivos homosexuales y, correlativamente, reacias al mantenimiento de un papel neutral de los estados, ya que dicha neutralidad no incentiva la eliminación de los prejuicios sociales contra estos colectivos, sino que provoca el efecto inverso, esto es, que se vean incrementadas las diversas formas de discriminación ante la pasividad y tolerancia del estado frente a las mismas[...]

Objetivando reforçar a Declaração e produzir efeito vinculante aos direitos nela contidos, a Assembleia Geral das Nações Unidas iniciou a discussão de dois projetos cujo

resultado final foi a realização de dois instrumentos convencionais²⁸: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁹, adotados pela Assembleia Geral em dezembro de 1966.

É importante lembrar que não há nestes documentos nenhuma afirmação explícita ao princípio de não discriminação por orientação sexual. Entretanto, o espírito universalista contido em ambos os Pactos é suficientemente amplo para incluir as discriminações contra os homossexuais. Dessa maneira, o dispõe o artigo 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

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 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.

Portanto, como cláusula aberta na enumeração das causas da discriminação, tal dispositivo demonstra evidências muito significativas do espírito universalista de proteção “diante de qualquer forma de discriminação”.

Neste diapasão, observa Solé (2009, p. 24):

²⁸ Estava o mundo, nessa época, dividido em dois grandes blocos de países, alinhados em função de sua ideologia e, principalmente, de suas idéias econômicas e éticas.

O bloco capitalista defendia a positivação apenas dos direitos humanos de primeira geração, os quais asseguram liberdades negativas, ou seja, protegem o cidadão contra abusos do Estado, apregoando uma atitude passiva por parte deste. Tal fato decorre diretamente da concepção de um Estado mínimo e da liberdade do mercado, típica do pensamento liberal. Esses direitos são os direitos civis e políticos, dos quais são exemplos os direitos à liberdade de pensamento e de religião.

Já o bloco socialista, por acreditar em um sistema no qual a nota primordial é a igualdade econômica e social, entendia que o melhor seria a institucionalização dos direitos humanos de segunda geração. Esses direitos criam obrigações para os Estados, obrigações essas que visam assegurar essa igualdade entre os seres humanos. Deste modo, eles impõem políticas públicas, ou seja, demandam uma atitude ativa por parte do Estado. Esse grupo de direitos protege a igualdade e pode ser exemplificado pelo direito ao trabalho e pelo direito à livre manifestação cultural.

Portanto, dividida entre a defesa de um e a do outro grupo de direitos humanos, e a elaboração de um tratado sobre o tema ameaçado, a Assembléia Geral da ONU encontrou uma saída diplomática para o impasse: no lugar de termos a elaboração de um único tratado, teríamos a elaboração de dois documentos independentes entre si, no sentido de que a assinatura de um dos documentos por um Estado não implicaria diretamente a aceitação do outro.

Assim, foram elaborados dois diplomas legais internacionais. Com a divisão do tratado de direitos humanos em dois pactos internacionais, resolveu-se a questão política. Tal medida possuiu apenas caráter diplomático, uma vez que, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, se entendia o caráter universal e indivisível dos direitos humanos, pois a liberdade é tão importante quanto a igualdade.

Nesse sentido afirma Konder Comparato (2005, p. 276): "Essa divisão do conjunto de direitos humanos em dois pactos distintos é, em grande medida, artificial [...] De qualquer forma, os redatores estavam bem conscientes de que o conjunto dos direitos humanos forma um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os pactos é idêntico [...]."

²⁹ Ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto n. 592, de 6 de dezembro de 1992.

El derecho humano a la no-discriminación significa que cada hombre, mujer y niño o niña tiene el derecho de estar libre de discriminación basada en género, raza, etnia, orientación sexual u otra condición, así como a otros derechos humanos fundamentales que dependen de la realización plena de los derechos humanos para la protección de la discriminación. Estos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otros tratados y declaraciones internacionales. Todas éstas constituyen herramientas poderosas que deben ser puestas en marcha para eliminar todo tipo de discriminación³⁰.

É relevante também mencionar que em ambos os pactos foi previsto o sistema de relatórios pelo qual os Estados-partes se comprometiam a enviar informações acerca da implementação dos direitos por eles assegurados para a ONU, a fim de se verificar o avanço da mesma. Tratava-se assim de um sistema extremamente dependente da vontade política dos Estados-partes, uma vez que cabia a estes a coleta e divulgação das informações sobre as políticas públicas dos direitos humanos por eles levadas a cabo.

Desta forma, achou-se por bem estabelecer algum outro mecanismo de verificação das medidas de implementação dos direitos humanos assegurados nos pactos, principalmente, daqueles que não dependem diretamente da adoção de políticas públicas por parte dos Estados.

Assim, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foram estabelecidas regras para fiscalização da implementação dos direitos ali assegurados pelos Estados-partes. Tais regras se encontram, como mencionado, nos artigos 28 a 47, que formam a Parte IV desse documento. Elas preveem um sistema de comunicação interestatal, pelo qual um Estado-parte

³⁰ Ainda no mesmo contexto, acrescenta Solé (2009, p. 24-25): El derecho humano a la no-discriminación confiere a cada hombre, mujer, joven o niño o niña los siguientes derechos fundamentales: el derecho a la no distinción, exclusión, restricción o preferencia por motivos de género, raza, color, origen nacional o étnico, religión, opinión política u otra, edad, o cualquier otra condición que tenga el propósito de afectar o deteriorar el goce completo de los derechos y libertades fundamentales; el derecho a la igualdad entre hombre y mujer tanto en la familia como en la sociedad; el derecho a la igualdad entre niño y niña en todas la áreas: educación, salud, nutrición y empleo; el derecho de todas las personas para estar libres de cualquier tipo de discriminación en todas las áreas y niveles de educación y acceso igualitario a una educación continua y capacitación vocacional; el derecho al trabajo y a recibir salarios que contribuyan a un estándar adecuado de vida; el derecho a una remuneración igualitaria en el trabajo; el derecho a un estándar alto y accesible de salud para todos; el derecho de crecer en un ambiente seguro y saludable e; el derecho a participar en la toma de decisiones y políticas que afecten a su comunidad a nivel local, nacional e internacional.

Además de la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995 se manifiestan a favor de los derechos humanos de la mujer y de la niña, como parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La Declaración de Viena en el seno de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993) habla de los derechos a la no discriminación, al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad.

pode denunciar a violação dos direitos humanos civis e políticos protegidos por outro Estado-parte; violação esta que será examinada pelo Comitê de Direitos Humanos, também estabelecido por aquelas regras.

Apesar de constituir um avanço em relação aos documentos internacionais anteriores, tal sistema não esgotava as medidas de implementação necessárias, uma vez que cabia apenas aos Estados denunciar as violações de direitos humanos; este fato, no contexto histórico já mencionado, mitigava a credibilidade das denúncias, pois as mesmas poderiam servir como meios de atingir um Estado rival.

Deste modo, foi elaborado um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, o qual estabelecia um terceiro sistema de fiscalização das medidas de implementação dos direitos humanos. Era o sistema de comunicação individual, pelo qual se atribuía ao Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, competência para receber e analisar denúncias feitas por indivíduos de violação dos direitos humanos perpetrada por um Estado-parte.

Consagrava-se, portanto, a capacidade postulatória do indivíduo na ordem internacional, e tal fato gerou controvérsias. Como assegura Konder Comparato (2005, p. 278):

O grande objeto de discórdia, na adoção dos Pactos de 1966 pelas Nações Unidas, foi o Protocolo Facultativo, anexo ao pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Enquanto ambos os documentos foram aprovados unanimemente pela Assembleia Geral, a aprovação do Protocolo teve dois votos contrários e trinta e oito abstenções, provenientes não só de países comunistas e da maioria dos países asiáticos, africanos e árabes, como também do conjunto de países da Europa Ocidental. Os primeiros viam com suspeição a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos (posteriormente transformado em Comissão) interferir em assuntos considerados de competência interna de cada Estado. Os segundos entenderam que já se achavam vinculados à ação fiscalizadora e julgadora mais forte dos órgãos criados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Apesar da controvérsia, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi aprovado e entrou em vigor em março de 1976, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quando conseguiu 10 ratificações.

Ademais, estabeleceu-se em dezembro de 1989, outro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (razão pela qual aquele ficou conhecido como Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e este, como Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), que visava à abolição da pena de morte.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também recorre ao princípio de não discriminação previsto na Declaração de 1948, quando assim dispõe:

Art. 2

1. Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma 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 [...]

Em termos parecidos se expressa o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quando assim prescreve:

Art.2

Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição [...].

Apelando para referidas disposições, em termos idênticos se pronunciou Proclamação de Teerã, emitida pela Conferência Internacional de Direitos Humanos realizada na referida cidade em 13 de Maio de 1968, em cujo artigo 1 dispõe que “é indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie”.

Diversos outros documentos subsequentes aos Pactos trataram o tema da discriminação, alguns deles, inclusive em situações concretas como as sofridas pela mulher e pela criança³¹. Assim, desde 1975, quando da 1ª Conferência Mundial da Mulher, realizada no

³¹ Nesse sentido, é importante observar que, anterior aos Pactos de 1966, foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da resolução n. 2106-A, em 21 de dezembro de 1965, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial. Com essa Convenção, as Nações Unidas repudiaram as doutrinas sobre a superioridade baseada em diferenças raciais, considerando- as moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas.

A Convenção definiu como discriminação racial "toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, ou em qualquer outro campo da vida pública".

Foi criado também nesta Convenção um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial - CERD - para acompanhar seu cumprimento pelos Estados-Partes signatários desse importante instrumento de direitos humanos. Esses países devem apresentar a este Comitê, para apreciação, um Relatório sobre as medidas adotadas

México, as Nações Unidas, reconhecendo a grave situação social das mulheres em todo mundo e acatando as críticas e demandas do movimento feminista, consideraram fundamental empreender esforços para mudar o quadro de discriminações nas leis e nas práticas sociais. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 34/180, em 18 de dezembro de 1979³², foi elaborada a partir dos resultados desta Conferência, com o objetivo de dar visibilidade e tratar concretamente de uma ampla gama de temas relacionados ao reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres nas esferas política, econômica, social e familiar.

Através deste instrumento legal, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que a discriminação contra as mulheres viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, além de constituir obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família, e dificultar o desenvolvimento das potencialidades das mulheres.

Neste contexto, a Convenção assim dispõe:

Art. 1. Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Vale lembrar que esse tratado pode ser relevante em casos de discriminação contra lésbicas, mulheres bissexuais e transgêneros.

para tornar efetiva a aplicação do conteúdo da Convenção. Fonte: ALMEIDA, Guilherme Assis, PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

³² Para acompanhar e avaliar a implementação da Convenção pelos Estados-Partes, e os progressos alcançados na sua aplicação, as Nações Unidas determinaram, no artigo 17 desta Convenção, a criação de um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - CEDAW. Os Estados-Partes comprometeram-se a submeter a este Comitê, um ano após a entrada em vigor da Convenção, um Relatório sobre as medidas adotadas para tornar efetivo o seu conteúdo. A cada quatro anos, esse Relatório deverá ser atualizado e, mais uma vez, apresentado para exame do Comitê.

Em 1993, reforçando essa Convenção, as Nações Unidas, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, reiteraram explicitamente que "os direitos das mulheres são direitos humanos" e que devem ser protegidos pelos Estados-Partes através da promoção de leis e de políticas públicas efetivas. Dando um maior alento a esse processo de reconhecimento e de titularidade de direitos, em 1999, a 54ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou um Protocolo Opcional a essa Convenção, objetivando tornar o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - CEDAW mais eficaz, aumentando a efetiva proteção aos direitos humanos das mulheres. Além de conferir ao Comitê competência para receber denúncias de violações de direitos humanos das mulheres, o Protocolo Opcional é uma espécie de legislação processual que dinamiza o texto da Convenção, estabelecendo os procedimentos necessários para a apresentação de denúncias. Fonte: ALMEIDA, Guilherme Assis, PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

Com efeito, afirma Sanches (2009, p. 51):

Ainda que este conceito esteja inserido no contexto da discriminação contra as mulheres ele é perfeitamente aplicável a outras formas de discriminação, inclusive em relação aos homossexuais, pois é extremamente abrangente e compatível com o contexto discriminatório atual vivenciado por estas minorias.

A Convenção Internacional contra a Tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes, adotada através da Resolução n. 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, também em seu artigo 1, aborda o tema da discriminação.

Esta Convenção criou um Comitê para acompanhar seu cumprimento pelos Estados-partes signatários perante o qual os países signatários deverão apresentar, para apreciação Relatório sobre as medidas que adotaram para tornar efetiva sua aplicação, e rerepresentá-lo a cada quatro anos. As recomendações deste Comitê são particularmente relevantes, pois reconhecem as violências e abusos sexuais contra prisioneiros (as), minorias étnicas/raciais, tráfico de mulheres e outros delitos de natureza sexual, como atos de tortura e tratamento desumano e degradante.

Assim como as demais, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da resolução n. L.44, em 20 de novembro de 1989, criou um Comitê sobre os Direitos das Crianças para acompanhar o cumprimento pelos Estados-Partes da lei internacional, obrigando-os à apresentação de relatórios periódicos.

O princípio da não discriminação também está previsto nesta Convenção, quando assim prescreve:

Art.2

1. Os Estados - Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados - Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Ressaltamos que esta Convenção foi, ao longo da década de 1990, reforçada por inúmeros documentos das Nações Unidas, incluindo declarações e planos de ação do ciclo de conferências sobre direitos humanos desta década, que reconheceram para as crianças e

adolescentes a titularidade de direitos em diversos campos, como o direito à saúde, incluindo o direito à proteção da saúde sexual e da saúde reprodutiva.

É imprescindível aludir, ainda, em nosso estudo, à importância de duas Conferências Mundiais: a Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, e a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada pelas Nações Unidas em Pequim, China, em 1995.

A Conferência Mundial de População e Desenvolvimento introduziu no seu Plano de Ação um novo paradigma para o debate sobre população, deslocando a questão demográfica para o campo das questões relativas aos direitos humanos e, mais especificamente, para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos como direitos humanos³³. Esse Plano de Ação, apesar de não ter força de lei, como as Convenções e os Pactos, possui poder normativo porque interpreta e traça diretrizes para implementação das leis internacionais no campo das políticas públicas.

Este Plano definiu como base dos programas de população e desenvolvimento a promoção da equidade e da igualdade entre os sexos, e a promoção dos direitos das mulheres, assim como a eliminação de todo tipo de violência contra as mulheres, de modo a assegurar que sejam elas que controlem a sua própria fecundidade, sem qualquer forma de coação.

O Plano de Ação incluiu ainda, como um de seus princípios, o direito de toda pessoa usufruir, no mais alto nível possível, de saúde física e mental, e o dever dos Estados-Partes de adotarem todas as medidas necessárias para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, em todos os seus ciclos de vida, o acesso universal aos serviços de atenção médica, incluídos aqueles relacionados à saúde reprodutiva e à saúde sexual, afirmando que não devem exercer nenhuma forma de coação ou estabelecer condição para prestar atendimento.

Por sua vez, a IV Conferência Mundial da Mulher, aprovou uma Declaração e uma Plataforma de Ação com a finalidade de fazer avançar os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz para todas as mulheres, reforçando o Plano de Ação do Cairo. Essa Plataforma de Ação tal como o Plano de Cairo, apesar de não ter força de lei, como as

³³ Na Plataforma do Cairo, as questões dos direitos reprodutivos estão definidas da seguinte forma: “Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência” (Parágrafo 7.3).

Convenções e os Pactos, possui poder normativo porque interpreta e traça diretrizes para implementação das leis internacionais no campo das políticas públicas.

A Conferência de Pequim foi a última Conferência Mundial da Mulher do século XX. Sua realização foi precedida pelas Conferências Mundiais da Mulher realizadas em 1975 e em 1985, respectivamente no México e em Nairóbi. A Conferência de Pequim beneficiou-se dos avanços conquistados na Conferência de Direitos Humanos (Viena, 1993) e na Conferência Mundial de População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), bem como do rico debate produzido pelo ciclo de Conferências sobre desenvolvimento social promovido pelas Nações Unidas ao longo de toda a década de 1990.

Assim como na Conferência do Cairo, o movimento de mulheres articulou-se internacionalmente para que as Nações Unidas ratificassem as conquistas das Conferências anteriores e avançassem ainda mais em direção à definição de direitos e de estratégias necessárias para a concretização da igualdade entre homens e mulheres e, conseqüentemente, da cidadania das mulheres³⁴.

O capítulo IV do Plano de Ação da Conferência Mundial da Mulher, atendendo ao desejo do movimento feminista em todo o mundo, ressalta do início ao fim a perspectiva de gênero. Nele são reconhecidos os direitos sexuais e reprodutivos³⁵ das mulheres e enfatizada a necessidade da garantia da autodeterminação, da igualdade e da segurança sexual e

³⁴ Neste sentido, segundo a Plataforma de Ação da IV Conferência Internacional sobre a Mulher, de Pequim: “Os direitos humanos das mulheres incluem seu direito de controle e decisão, de forma livre e responsável, sobre questões relacionadas a sexualidade, incluindo-se a saúde sexual e reprodutiva, livre de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no que diz respeito à relação sexual e reprodução, incluindo-se o respeito à integridade, requer respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades pelos comportamentos sexuais e suas conseqüências” (Parágrafo 96). Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/portal_pr/eventos_internacionais/onu/Relat%C3%B3rio%20Pequim.pdf>. Acesso em: 29 set. 2009.

³⁵ Segundo Corrêa (2003), A genealogia do conceito de direitos reprodutivos se localiza, predominantemente, num marco “não institucional”. Sua formulação se inicia na luta pelo direito ao aborto e à anticoncepção nos países industrializados. Sua primeira instância de legitimação não foi uma definição institucional – como ocorreu com saúde reprodutiva – porém um consenso discursivo produzido num encontro internacional feminista, relativamente marginal (International Women’s Health Meeting, Amsterdam-1984). Nessa ocasião se produziu um pacto, ainda que provisório, entre feministas do norte e do sul, de que essa era uma terminologia adequada aos fins políticos do movimento. Entre 1984 e sua consagração no Cairo (1994), o conceito foi refinado em colaboração com ativistas e pesquisadoras/es do campo dos direitos humanos [...]. Já a evolução política e discursiva de “direitos sexuais” transcorreu, ainda mais do que o caso de direitos reprodutivos, sob a consigna de mudanças políticas e culturais de corte radical. Por um lado, seria inevitável que as reflexões feministas no âmbito da articulação entre sexualidade, reprodução e desigualdade entre os gêneros – particularmente vigorosa nos Estados Unidos, Europa e América Latina – conduzisse a propostas de autônoma sexual. Não obstante, é fundamental observar que até Cairo e Pequim, a “sexualidade” e o “corpo” permaneceram como que submergidos nas ideias de saúde e direitos reprodutivos. Neste sentido, a vitalidade da recente visibilização dos “direitos sexuais”, deve ser melhor atribuída aos esforços conceituais e políticos do movimento gay e lésbico do que ao feminismo “*stricto sensu*”.

In: CORRÊA, Sônia; JANNUZZI, Paulo de Martino e; ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva**: marco teórico e sistema de indicadores. Disponível em: <http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf>. Acesso em: 29 set. 2009.

reprodutiva das mulheres, direitos fundamentais para a plena vivência da saúde sexual e reprodutiva feminina. Foram criados, também, deveres para os Estados-Partes no que se refere ao reconhecimento e proteção de tais direitos.

Neste contexto afirma Lindgren Alves (2001, p. 224-225):

A própria supremacia da noção de gênero sobre a de sexo no documento foi objeto de dificuldades, desde as discussões do Comitê Preparatório, pois, para algumas delegações, a idéia era vista com desconfiança, como algo que pudesse ocultar permissividade ou "legitimação" do homossexualismo.

A questão da discriminação contra homossexuais era, sim, matéria de preocupação para muitos governos participantes da conferência e referida, ostensivamente, no projeto da Plataforma de Ação, pela expressão "orientação sexual", que aparecia entre colchetes em quatro diferentes parágrafos, na relação de fatores que constituem "barreiras à plena igualdade e ao progresso das mulheres" - assim como o são a raça, a idade, a língua, a etnicidade, a cultura, a religião ou as deficiências físicas. A expressão terminou suprimida, do parágrafo 46 e dos demais, na madrugada do dia 14 - última sessão, muito tensa, do Comitê Principal e, portanto, último momento para a resolução dos assuntos pendentes -, com a justificativa, formulada pela presidente do Comitê, de que, sendo a listagem meramente exemplificativa, introduzida pela locução "tais como", o conceito estaria implicitamente contemplado.

Apesar de todos esses documentos abordarem o tema da discriminação, é necessário ressaltar que em nenhum deles existe menção explícita ao princípio da não discriminação por orientação sexual.

Percebemos que o reconhecimento dos direitos do coletivo LGBT, somente foi incorporado ao discurso das Nações Unidas muito recentemente. Esta matéria tem sido principalmente trabalhada em dois âmbitos: na extinta Comissão de Direitos Humanos atualmente Conselho de Direitos Humanos³⁶, e no Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

Foi somente em 1992, quando pela primeira vez nas Nações Unidas, a problemática relativa à orientação sexual e identidade de gênero foi abordada em um discurso realizado pelo Professor Douglas Sanders na 44ª Sessão Anual da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias realizada em Genebra na Suíça, e que assim iniciou seu discurso: “Que eu tenha conhecimento, sou o primeiro homossexual a falar abertamente num organismo de direitos humanos das Nações Unidas [...]”³⁷

³⁶ A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou no dia 15 de março de 2007, por uma votação maciçamente favorável, a criação do Conselho de Direitos Humanos, em substituição da antiga Comissão de Direitos Humanos. O resultado da votação indicou 170 votos favoráveis, quatro contrários (Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall e Palau) e três abstenções (Irã, Belarus e Venezuela). O resultado do pleito indicou, além de um grande consenso da comunidade internacional a respeito do novo organismo, o continuado isolamento da política externa dos Estados Unidos.

³⁷ Disponível em: < <http://new.ilga.org/ilga/pt/article/488>>. Acesso em: 30 set. 2009.

Destarte, constando do Item 17 da Agenda: Promoção, proteção e recuperação de direitos humanos a nível nacional, regional e internacional, em uma declaração conjunta de Defensores de Direitos Humanos (Human Rights Advocates) e da Associação Internacional de Gays e Lésbicas (ILGA), foram apresentados dados sobre a situação de gays e lésbicas no mundo.

Nesta declaração foram apresentados alguns exemplos de desenvolvimentos positivos que aconteceram a nível nacional e regional, tais como: leis que proíbem a discriminação com base na “orientação sexual” tem sido aprovadas em diversas jurisdições na última década. Em particular o empenho renovado do Canadá, que apresentou uma lei deste tipo a nível nacional, incrementando a defesa legal que já existia em seis províncias e territórios, ou ainda, que em 1984 a resolução do Parlamento Europeu sobre discriminação sexual no trabalho condenou especificamente a discriminação contra pessoas homossexuais e pediu aos estados membros para relatarem quaisquer leis que discriminassem negativamente as pessoas homossexuais.

Neste sentido, a declaração alerta para o fato de que as questões de direitos humanos de gays e lésbicas têm recebido uma atenção redobrada a nível nacional e regional. Não obstante, até agora, não receberam quase nenhuma atenção a nível internacional e assim declara: “Em nossa opinião, esta situação representa uma omissão grave no trabalho de defesa dos direitos humanos deste organismo assim como de outros organismos internacionais de direitos humanos”.

Observa o referido documento que infelizmente estes avanços a nível nacional e regional são apenas parte da história. A discriminação contra pessoas gays e lésbicas continua na maioria do mundo. Estas violações de direitos humanos têm de ser propriamente vigiadas e denunciadas ao mundo.

Ademais, a declaração ressalta o trabalho de organizações não governamentais como a Associação Internacional de Gays e Lésbicas (ILGA) que tem trabalhado com o objetivo garantir que pessoas homossexuais possam ter direitos iguais nas sociedades em que vivem. E, ainda, reclama um status consultivo destas organizações junto ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC), pois as pessoas lésbicas e gays não têm, neste momento, representação nas Nações Unidas.

Por fim, diante da falta de interesse das Nações Unidas pela situação de gays e lésbicas, o documento sugere a adoção de algumas medidas a serem tomadas pela Subcomissão, assim dispondo:

- Primeiro: A Subcomissão deverá indicar um representante especial das Nações Unidas para efetuar um estudo exaustivo sobre a discriminação de pessoas gays e lésbicas.
- Segundo: Convidamos as Nações Unidas a incluir os direitos humanos das pessoas gays e lésbicas na agenda da Conferência Mundial em Direitos Humanos de 1993.
- Terceiro: Convidamos as Nações Unidas a reverem as suas próprias políticas de benefícios e emprego de forma a assegurar que não há discriminação contra pessoas gays e lésbicas e seus parceiros.
- Quarto: Pedimos que a Subcomissão encoraje o Conselho Econômico e Social a considerar favoravelmente os pedidos de estatuto consultivo por parte de organizações gays e lésbicas. Gostaríamos de estar aqui em nosso próprio nome, representando as nossas próprias organizações³⁸.

Desde então, passaram-se vários anos para que fosse apresentada nas Nações Unidas a primeira proposta de Resolução sobre os direitos do coletivo LGBT. Foi somente em abril de 2003, quando a delegação brasileira junto à Comissão de Direitos Humanos (CDH) apresentou uma resolução histórica sobre "direitos humanos e orientação sexual", que ficou conhecida como Resolução Brasileira³⁹.

Neste contexto, afirma Montero González (2007):

El primer intento serio partió de Brasil. De manera entusiasta y un tanto ingenua, y con mucho más corazón que sentido práctico, a decir de no pocos analistas, la Misión Permanente de Brasil en Naciones Unidas presentó en 2003 una propuesta de Resolución "Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual" a la Comisión de Derechos Humanos, con un contenido muy simple, muy moderado, y que utiliza el término más aséptico de "inclinación sexual" en lugar del más habitual "orientación sexual". Su punto 3 dice: "Insta a todos los Estados a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas independientemente de su inclinación sexual".

Essa resolução afirma a universalidade dos direitos humanos, bem como o princípio básico de que lésbicas, gays e bissexuais são titulares dos mesmos direitos humanos que os demais indivíduos têm como protegidos e foi co-patrocinada por uma ampla maioria de Estados, inclusive Alemanha, Áustria, Bélgica, **Brasil**, Canadá, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslovênia, **Espanha**, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido (Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), República Checa, Sérvia e Montenegro, Suécia e Suíça⁴⁰.

Considerando que pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros sofrem constantes violações de direitos humanos em seu dia a dia, a resolução brasileira não faz mais do que

³⁸ Disponível em: < <http://new.ilga.org/ilga/pt/article/488>>. Acesso em: 30 set. 2009.

³⁹ E/CN.4/2003/L92.

⁴⁰ Disponível em: < <http://www.arc-international.net/briefp.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2009.

afirmar o princípio básico de que pessoas lésbicas, gays e bissexuais são seres humanos e titulares do direito à proteção contra o abuso de direitos humanos.

Com linguagem simples e clara traduz, o reconhecimento de que lésbicas, gays e bissexuais são vistos, sem qualquer distinção, como membros da família humana, bem como titulares da mesma proteção a que têm direito todos os seres humanos.

A resolução não cria nenhum novo direito ou cria novos padrões. Ao contrário, a resolução apenas reafirma os princípios que integram os tratados internacionais de direitos humanos e que alicerçam inúmeras decisões e relatórios emitidos pelos vários corpos constitutivos da Comissão de Direitos Humanos (CDH), seus Relatores especiais, bem como pela própria CDH.

Dessa forma, a resolução consolida princípios de não discriminação e sublinha a universalidade dos direitos humanos, observando que os direitos humanos e liberdades fundamentais são atributos de todos os seres humanos.

É importante lembrar, que Durante a 59ª Sessão da CDH, uma moção de 'não-ação'⁴¹ para com a resolução foi rejeitada, mas, ao final, a CDH votou pela postergação da discussão para a 60ª Sessão, a se realizar em 2004. Essa situação se repetiu em 2004, quando o Brasil tentou pela segunda vez sua aprovação, para finalmente em 2005 retirar sua proposta da pauta de votação.⁴²

Neste sentido, afirma Montero González (2007):

La popularmente conocida como Resolución Brasileña significó un importante impulso a las aspiraciones del movimiento LGTB de conseguir el espaldarazo del máximo órgano que vela por los derechos humanos. Los apoyos a la misma a través de Internet se contaron por miles en todo el mundo.

Sin embargo, la correlación de fuerzas existente en la ya desaparecida Comisión de Derechos Humanos no permitiría que esta Resolución tuviera demasiado recorrido. Numerosas trabas, propuestas de no someterla siquiera a consideración e ignorarla, etc., fueron algunos de los obstáculos que tuvo que superar [...].

⁴¹ De acordo com Alventosa del Río (2008, p. 57): [...] el texto del proyecto provocó uno de los debates más polémicos del periodo de sesiones. Pakistán, en nombre de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), propuso una moción de «no acción» para que la Comisión no tomase ninguna decisión con respecto a la resolución. Esta moción fue rechazada por muy poca diferencia de votos [...] Con 24 votos a favor, 22 en contra y 6 abstenciones. Véase el documento E/2003/23,E/CN.4/2003/135, de fecha 1 de octubre de 2003.

⁴² Afirma Buggins Turn: “As Nações Unidas são uma instituição complicada e engraçada, e contrariamente ao que muitos de nós acreditamos, não é um lugar de princípios. É antes um mercado de cavalos antiquado. Nações chegam e regateiam o seu voto sobre um tema de modo a assegurar apoio para a sua posição noutra assunto, de facto, o historial de certos países sobre direitos humanos é visto como assunto irrelevante. É apenas uma questão de quem é a vez. Como resultado, temos situações bizarras como quando a UNCHR foi presidida pela cunhada desse grande democrata Coronel Gaddafi! A somar a isto, ao Vaticano tem quase o mesmo status que qualquer país independente e exerce muito mais influência que a maioria. O Embaixador Umer do Paquistão apresenta-se como porta-voz de 1.2 biliões de muçulmanos. Presumivelmente ele não inclui as dezenas de milhões entre os 1.2 biliões que são lgbt. Disponível em: <<http://new.ilga.org/ilga/pt/article/612>>. Acesso em: 02 out. 2009.

Apesar de um primeiro instante de desapontamento a retirada da proposta acabou por ser considerada estratégica, já que havia a possibilidade de ser derrotada, nessa data, por pressão contrária do Vaticano e de países islâmicos.

Ademais, isso não foi o fim, mas o princípio de vários outros documentos relativos à temática da orientação sexual nas Nações Unidas. Assim, já em 2005 a Nova Zelândia respaldada por 32 Estados apresenta uma Declaração, que na opinião de Montero González (2007), muito mais comprometida que a Resolução Brasileira, já que se refere explicitamente à “orientação sexual” e que condena as violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.

Neste contexto, destaca a Declaração que:

La orientación sexual es un aspecto fundamental de la Identidad de cada Individuo y una parte inseparable de la misma. Es contrario a la dignidad humana forzar a un individuo a cambiar su orientación sexual, así como la discriminación por ese motivo. Y repugna que un Estado tolere la violencia contra los Individuos.[...] reconocemos que el de la sexualidad es un asunto sensible y complejo. Pero no estamos dispuestos a que se ponga en cuestión el principio de que todas las personas son Iguales em dignidad, derechos y libertades. Esta Comisión debe mantener el principio de no-discriminación. Urgimos a todos los Estados a reconocer este mínimo común y a participar en el debate. Esperamos que esta Comisión no permanezca en silencio por más tiempo⁴³.

Diante do silêncio da Comissão de Direitos Humanos, em dezembro de 2006, a delegação da Noruega apresentou uma Declaração sobre as violações de direitos humanos por orientação sexual e identidade de gênero, que ficou conhecida como Declaração da Noruega. Desta vez, com muito mais força, essa Declaração tinha o suporte de 54 Estados e complementada com outra Declaração de apoio de mais de 400 organizações não governamentais de 60 países⁴⁴.

Neste diapasão, afirma Alventosa del Río (2008, p. 59):

[...] la *Declaración de Noruega*[...] señalaba que en recientes sesiones del Consejo se habían tenido noticias de violaciones de los derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género, incluso con privación de la vida de estas personas, y después de elogiar la atención prestada a estos asuntos por parte de los Procedimientos Especiales, los órganos de los tratados y la sociedad civil, se hacía

⁴³ Cf.: Alventosa del Río (2008, p. 59).

⁴⁴ Dentre os quais constavam: Alemanha, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Camboja, Camarões, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, República Dominicana, Equador, El Salvador, Espanha, Estados Unidos, Filipinas, Fiji, França, Geórgia, Guatemala, Guiana, Hungria, Índia, Indonésia, Irã, Irlanda, Itália, Quênia, Letônia, Macedônia, Malawi, Malta, México, Namíbia, Nepal, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Países Baixos, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido, República da Coreia, Romênia, Rússia, Singapura, Sri Lanka, África do Sul, Suécia, Suíça, Tailândia, Togo, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Venezuela e Zimbábue.

un llamamiento a todos los Procedimientos Especiales y a los órganos de los tratados a que siguieran incluyendo las violaciones de los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género entre las preocupaciones de sus mandatos, y considerando que los principios de universalidad y de no discriminación exigen que estos asuntos sean atendidos, se instaba al Consejo de Derechos Humanos a otorgar la debida atención a las violaciones de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género, pidiendo al Presidente del Consejo que otorgara la posibilidad de discutir estos temas en una sesión futura del Consejo⁴⁵.

Apesar desse substancial avanço, o grande passo nesse longo e árduo caminho a ser trilhado, só ocorreu quando, reafirmando o princípio da universalidade dos direitos humanos, tal e como estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos cujo 60º aniversário se celebrou em 2008, foi lida na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, a Declaração de Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero.

A declaração apresentada por representantes da França no mês de dezembro na Assembléia Geral pedindo o fim da criminalização da homossexualidade em determinados países foi aprovada e já é um documento oficial da ONU⁴⁶.

O Brasil é um dos signatários da declaração, ao lado de Argentina, Croácia, Gabão, Japão, Noruega e Holanda, além da própria França. Esses países foram os principais articuladores para a adesão de mais 60 nações ao documento⁴⁷.

⁴⁵ Vale ainda lembrar que, segundo Alventosa del Río (2008, p. 60): En esta ocasión, la oposición que mostraron otros países fue más prudente; en nombre de la OCI, Paquistán dio una respuesta de 30 segundos en la que dijo que «mientras que el Consejo esté en fase de construcción institucional, debemos ser cuidadosos» y evitar «en esta etapa» tratar cuestiones que hayan dado lugar «a extrema controversia y divisiones en el pasado»; Irán hizo un breve comentario en esta misma línea. Sin embargo, dicha declaración fue celebrada por el movimiento homosexual, hasta el punto de que John Fisher, Co-Director de ARC Internacional, señaló que «Por el número de Estados, se trata de la más grande declaración sobre cuestiones de orientación sexual en la historia de la ONU, además de ser la primera en la historia en hacer referencia específica a las violaciones a los derechos humanos por identidad de género».

⁴⁶ A iniciativa francesa gerou um movimento contrário, que elaborou uma declaração alternativa, que chega a traçar um paralelo entre homossexualidade e bestialidade. O documento foi lido pelo representante sírio na Assembléia Geral e recebeu 57 adesões de países conhecidos por não respeitar os direitos humanos, como Irã e Uganda. Liderada pela Organização da Conferência Islâmica, a declaração rejeita a ideia de que a orientação sexual é uma questão de codificação genética e alegou que a declaração ameaçava minar o quadro internacional dos direitos humanos, acrescentando que a declaração "aprofunda questões que são essencialmente da jurisdição interna dos Estados "e pode levar à" normalização social e, possivelmente, a legitimação, de muitos atos deploráveis como a pedofilia.

⁴⁷ 1. Albânia 2. Alemanha 3. Andorra 4. Antiga República Yugoslava da Macedónia 5. Argentina 6. Armênia 7. Austrália 8. Áustria 9. Bélgica 10. Bolívia 11. Bósnia e Herzegovina 12. Brasil 13. Bulgária 14. Cabo Verde 15. Canadá 16. Chile 17. Chipre 18. Colômbia 19. Croácia 20. Cuba 21. Dinamarca 22. Equador 23. Eslováquia 24. Eslovênia 25. Espanha 26. Estônia 27. Finlândia 28. França 29. Gabão 30. Geórgia 31. Grécia 32. Guiné-bissau 33. Holanda 34. Hungria 35. Irlanda 36. Islândia 37. Israel 38. Itália 39. Japão 40. Látvia 41. Liechtenstein 42. Lituânia 43. Luxemburgo 44. Malta 45. Maurício 46. México 47. Montenegro 48. Nepal 49. Nicarágua 50. Noruega 51. Nova Zelândia 52. Paraguai 53. Polónia 54. Portugal 55. Reino Unido 56. República Centro-Africana 57. República Tcheca 58. România 59. San Marino 60. São Tomé e Príncipe 61. Sérvia 62. Suécia 63. Suíça 64. Timor-Leste 65. Uruguai 66. Venezuela. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html>. Acesso em: 05 out. 09.

Segundo Beto de Jesus, secretário para América Latina e Caribe de Associação Internacional Gay e Lésbica (ILGA), a equipe brasileira liderada por Maria Luiza Ribeiro Viotti, Embaixadora da Missão Permanente do Brasil na ONU, teve papel importante neste momento marcante para a comunidade LGBT mundial. Nova Zelândia e Noruega já haviam apresentado declarações a favor dos direitos gays, mas esta última é a que conquistou o maior número de adesões⁴⁸.

O documento número A/63/635⁴⁹ deve servir para manter o respeito à diversidade sexual na pauta de discussões da ONU e fortalecer o movimento rumo à elaboração de uma Resolução que, caso aprovada, precisará ser seguida por todos os países membros da organização.

Em seu parágrafo 2, a Declaração reafirma, que todas as pessoas têm direito ao gozo de seus direitos humanos sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição, tal como estabelece o artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 2 dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como o artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Já em seu parágrafo 3, reafirma o princípio de não discriminação, exigindo que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O documento faz um chamado a todos os países e mecanismos internacionais relevantes de direitos humanos que se comprometam com a promoção e proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero e ainda, urge os Estados a tomar todas medidas necessárias, em particular medidas legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não sejam, em qualquer circunstância, à base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenções.

Vale ainda, ressaltar que numa reviravolta com relação à política do governo Bush, os Estados Unidos decidiram em 2009 aprovar e se unir a estes 66 Estados membros da ONU que apoiaram em dezembro de 2008 a declaração condenando as violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.universiti.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2069&Itemid=50>. Acesso em: 06 out. 09.

⁴⁹ Cf.: Conteúdo deste documento no Anexo A.

Por outra parte, no âmbito do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), têm sido apresentados diversos informes sobre a situação de pessoas LGBT em distintos países e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais abordou em repetidas ocasiões a questão, como também foi o primeiro órgão de vigilância dos tratados que incluiu explicitamente referências à orientação sexual em seu Comentário Geral nº 14 /2000, sobre o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental⁵⁰. Porém, não se conseguiu, até agora, uma resolução específica.

É importante advertir que a obtenção do *status* de organismo consultivo das Nações Unidas constitui a maior aspiração do movimento LGTB no âmbito do ECOSOC⁵¹.

Neste contexto, em diferentes ocasiões, por recomendação negativa do Comitê de ONGs, petições de várias Organizações Não Governamentais de defesa do coletivo LGTB, foram denegadas.

Não obstante, em dezembro de 2006, o pleno do ECOSOC, reunido em Genebra, concedeu o tão almejado *status* a três organizações europeias: à ILGA-Europa, à Região Europeia da Associação Internacional de Gays e Lésbicas, e às Associações Nacionais de Lésbicas e Gays da Dinamarca e da Alemanha, LBL e LSVD. O *status* consultivo concedido pelo ECOSOC é uma das principais formas de acesso ao sistema da ONU pela sociedade civil e permite que estas ONGs entrem nas Nações Unidas, participem nos seus trabalhos e falem em seu próprio nome. Com o *status*, as ONGs LGBT podem informar a ONU sobre a violação de direitos humanos e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero que ocorre pelo mundo.

É necessário, lembrar que nenhum outro grupo de defesa do coletivo LGBT até esta data gozara deste direito, exceto o COAL, the Coalition of Activist Lesbians (Coligação de

⁵⁰ O documento E/C.12/2000/4, sobre questões materiais decorrentes da execução do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu parágrafo 18 assim dispõe: Por força do artigo 2.2 e artigo 3 °, a Convenção proíbe qualquer discriminação no acesso aos cuidados de saúde e fatores determinantes da saúde, bem como os meios e os direitos para sua aquisição, por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, deficiência física ou mental, estado de saúde (incluindo o VIH / SIDA), orientação sexual e civil, situação política, social ou outras, que tenham a intenção ou o efeito de anular ou reduzir a o igual gozo ou exercício do direito à saúde. O Comitê salienta que muitas medidas, como a maioria das estratégias e programas destinados a eliminar a discriminação relacionada com a saúde, pode ser prosseguida com implicações nos recursos mínimos, através da adoção, modificação ou revogação da legislação ou a divulgação de informações. O Comitê recorda Comentário Geral nº 3, nº 12, que afirma que mesmo em tempos de severas restrições de recursos, os membros mais vulneráveis da sociedade devem ser protegidos através da adoção de custo relativamente baixo programas segmentados. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument>>. Acesso em: 07 out. 2009.

⁵¹ O ECOSOC, composto por representantes de 54 estados-membros da ONU, concede o *status* consultivo a ONG após avaliar as recomendações feitas por seu órgão assessor – o Comitê de ONGs – que faz a triagem das candidaturas.

Ativistas Lésbicas), um grupo com sede na Austrália e a International Wages Due Lesbians dos Estados Unidos.

Contudo, mais tarde, reunido em Nova York, em julho de 2008, o ECOSOC, decidiu conceder status consultivo a dois outros grupos que trabalham com orientação sexual e identidade de gênero, o que foi uma vitória da luta no sentido da inclusão, no âmbito da ONU. Os dois grupos, aprovados respectivamente, foram: o “COC Países Baixos” e a Federação Estatal Espanhola de Lésbicas, Gays, Transexuais e Bissexuais (FELGTB), organizações de âmbito nacional que representam o coletivo LGBT nos Países Baixos e na Espanha.

Os grupos COC Países Baixos e FELGBT da Espanha se juntaram a aproximadamente 3000 outras organizações com status consultivo junto à ONU. Contudo, esse status foi concedido a apenas alguns poucos grupos LGBT. Recentemente, alguns países-membros trataram as solicitações dos grupos LGBT com enorme hostilidade, e o ECOSOC só concedeu status consultivo a esses grupos depois de anular recomendações negativas do seu Comitê das ONGs.

Finalmente, em julho de 2009, reunido em Genebra, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas concedeu status consultivo à Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, a primeira organização LGBT do hemisfério sul a receber o status⁵².

Segundo o presidente da ABGLT, Toni Reis, “é uma vitória para os direitos humanos das pessoas LGBT”, e acrescentou que a ABGLT atuará incessantemente na defesa dos direitos de pessoas LGBT no mundo, inclusive nos 80 países onde as relações sexuais consentidas entre pessoas do mesmo sexo ainda são criminalizadas, inclusive com pena de morte em 7 desses países.

⁵² **Resultados da votação: A favor da concessão do status consultivo à ABGLT (25 países):** Alemanha, Bolívia, Brasil, Canadá, El Salvador, Estados Unidos da América, Estônia, França, Grécia, Guatemala, Holanda, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Peru, Polônia, Portugal, República de Coreia, Reino Unido, România, Suécia, Uruguai, Venezuela **Contra a concessão do status consultivo à ABGLT (12 países):** Argélia, Belarus, Camarões, China, Guiné-Bissau, Indonésia, Iraque, Malásia, Paquistão, Federação Russa, Arábia Saudita, Sudão **Abstenções (13 países):** Barbados, Congo, Costa de Marfim, Índia, Cazaquistão, Filipinas, Malauí, Maurício, Moçambique, Namíbia, República de Moldova, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia **Ausentes/Não votaram (4 países):** Cabo Verde, Marrocos, Níger, Somália. Disponível em: <<http://www.clicrn.com.br/noticias,162125,1,associacao+gay+do+brasil+ganha+status+na+onu+.html>>. Acesso em: 07 out. 2009.

1.1.1 O reconhecimento, pelos mecanismos da ONU, dos direitos humanos do coletivo LGBT

A despeito dos substanciais desenvolvimentos alcançados em relação ao reconhecimento da igualdade de direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros – tanto no plano internacional quanto no doméstico, em diversas regiões do planeta – essas mesmas minorias sexuais continuam sujeitas à tenacidade das violações de seus direitos humanos devido à sua orientação sexual.

Em todo o mundo, pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros são vítimas de assédio, humilhação, agressão verbal e até mesmo física. Essas persistentes violações de direitos humanos estão devidamente relacionadas nos relatórios elaborados pelos Relatores especiais da ONU.

Ultimamente, um crescente consenso entre todo o corpo constitutivo e os numerosos procedimentos especiais da ONU tem surgido no sentido do reconhecimento das constantes violações dos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, bem como da importância da condução de medidas necessárias para deter essas violações de direitos.

Neste sentido, a Comissão de Direitos Humanos adotou, por três vezes, resoluções que garantem o direito de todas as pessoas à vida, inclusive com base na orientação sexual⁵³.

Ademais, os seguintes órgãos, sem exceção, têm todos explicitamente interpretados como parte integrante de seus mandatos, a proteção ao direito à orientação sexual: o Comitê de Direitos Humanos; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comitê Contra a Tortura; Comitê dos Direitos da Criança, e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁵⁴.

Com efeito, para que qualquer discriminação, isto é, tratamento diferente, seja legalmente permitida, ela precisa ser baseada em “critérios e objetivos razoáveis”. A definição de tais critérios ainda está sendo desenvolvida no âmbito da legislação internacional sobre direitos humanos, que é um instrumento vivo e em constante transformação pelos órgãos

⁵³Cf.: **E/CN.4/RES/2000/31**. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f500c405eea1a9c980256633005b6ba3?OpenDocument&Start=1.2.4.23&Count=30&Expand=1.2.4>>. Acesso em: 08.10.09. **E/CN.4/RES/2002/36**. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/FramePage/ocs%2058CHR?OpenDocument&Start=8.21&Count=15&Expand=8>>. Acesso em: 08.10.09. **E/CN.4/RES/2003/53**. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f500c405eea1a9c980256633005b6ba3?OpenDocument&Start=1.2.1.26&Count=30&Expand=1.2.1>>. Acesso em: 08 out. 2009.

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.arc-international.net/briefp.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2009.

judiciais. Vários tribunais determinaram repetidas vezes que, nos casos que envolvem orientação sexual, são necessários argumentos particularmente fortes e convincentes para justificar uma diferença de tratamento.

Neste diapasão, cabe mencionar que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tomou algumas decisões importantes, a saber:

No caso *Toonen v. Australia*⁵⁵, o Comitê de Direitos Humanos, em março de 1994, interpretou as previsões antidiscriminatórias contidas na Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de forma a incluir a orientação sexual como um bem a ser protegido.

Já no caso *Young v. Australia*, o Comitê sustentou a reclamação de um cidadão gay a quem após o falecimento de seu companheiro, por 38 anos, haviam sido negados os mesmos benefícios de dependência marital concedidos aos parceiros heterossexuais pela 'Lei de Proteção aos Veteranos'. O Comitê se reportou à decisão do caso *Toonen*, decidindo que a Austrália havia "violado o artigo 26 da Convenção ao negar ao autor uma pensão por motivo de sua orientação sexual ou sexo e assim dispõe em sua decisão do mérito:

10.4. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. (20) Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. (21) De los artículos impugnados de la VEA se deduce que las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja heterosexual que cohabita (que pueden demostrar que tienen una relación "de tipo matrimonial") se ajustan a la definición de "miembro de una pareja" y por tanto de "persona a cargo", a los efectos de recibir prestaciones de pensión. En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por parte de Australia del artículo 26.

⁵⁵ Cf. **Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. DocCCPR/C/50/D/488/1992(1994)**. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d22a00bcd1320c9c80256724005e60d5>>. Acesso em: 08 out. 2009.

12. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité llega a la conclusión de que el autor, como víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro⁵⁶.

Em 2003, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas decidiu (caso *Young v. Colombia*, Comunicado n. 1361/2005), que a lei que restringe a pensão militar a parceiros ou casais heterossexuais que tenham convívio conjugal e exclui casais homossexuais viola o Artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, uma vez que ela não é baseada em nenhuma justificativa objetiva ou razoável. Em 2007, o Comitê agiu de acordo com essa decisão em outro caso (*X v. Colômbia*, Comunicado n. 941/2000), ao determinar que uma disposição da lei colombiana que não permitia a transferência dos benefícios de pensão entre casais homossexuais (ao contrário do que acontece com os parceiros heterossexuais) também violava o Artigo 26. O Comitê não aceitou o argumento do Estado de que essa era uma tentativa de proteger a união heterossexual, em vez de discriminar outros tipos de união⁵⁷.

Vale, ao mesmo tempo, ressaltar que o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial também adotou, como pano de fundo, um texto preparado onde se afirma que "muitas pessoas sofrem de maneira dupla a discriminação acumulada: raça e gênero, raça e orientação sexual, raça e incapacidade física, raça e velhice, etc.

Do mesmo modo, violações com fundamento na orientação sexual têm sido reconhecidas e condenadas por um amplo espectro de Relatores especiais, especialistas independentes e grupos de trabalho, inclusive através da ação: do Relator especial para a Violência Contra as Mulheres, suas Causas e Conseqüências; da Relatora especial para Execuções Extra judiciais, Sumárias e Arbitrárias; do Relator especial sobre a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; do Relator-especial para o Direito de Todos ao Gozo dos Mais Altos Padrões de Saúde Física e Mental; do Relator especial para a Liberdade de Expressão; do Representante especial do Secretário-geral para a situação dos defensores dos direitos humanos do Relator especial para as Modalidades Contemporâneas de Racismo Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Relacionada; do Relator especial

⁵⁶ Cf. **Young v, Austrália Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.** Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/150029_af0d6ec517c1256dc7002f479a?OpenDocument&Highlight=0,toonien>. Acesso em: 08 out. 2009.

⁵⁷ Cf. **Guia Britânico Sobre Lésbicas, Gays, Bissexuais Transgêneros e seus Direitos.** Ministério das Relações Exteriores do Reino Unido (FCO). Disponível em: <<http://ukinbrazil.fco.gov.uk/resources/pt/pdf/guia-lgbt>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

para o Direito à Educação; do Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária e do Relator especial sobre a Independência dos Juízes e Advogados.

Em razão do vasto reconhecimento, por parte do corpo constitutivo e dos procedimentos especiais da ONU, de que os direitos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros são direitos humanos, apresentamos aqui uma visão geral desse reconhecimento, embora não pretenda ser completamente exaustiva.

Neste contexto, em 2000, 2002 e 2003, a Comissão de Direitos Humanos incluiu a orientação sexual em suas resoluções que tratam das execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias. Da mesma forma, em 2002, a resolução da CDH sobre a pena de morte impeliu os Estados que ainda têm nos seus ordenamentos jurídicos a previsão da pena de morte a assegurar que esta não seja imposta para atos não violentos como aqueles de natureza sexual cometidos de maneira consensual entre adultos.

Ainda, em 1995, a sub Comissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias adotou uma resolução que reconhecia que "homens que são homossexuais" estão entre aquelas "pessoas consideradas em desvantagem econômica, social ou do seu status legal", sendo "mais vulneráveis ao risco da infecção por HIV por conta do seu restrito gozo dos direitos fundamentais", convocando os Estados a adotarem medidas para combater essa forma de discriminação, assegurando o pleno gozo de direitos por parte desses grupos em desvantagem.

Em 2001, os relatórios interinos e finais do Relator especial para a Tortura e Toda Forma Cruel, Sub-humana ou Degradante de Tratamento ou Punição detalharam alegações específicas dos abusos perpetrados contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, inclusive o estupro cometido pelas forças policiais e autoridades carcerárias, o confinamento forçado em instituições médicas, o uso de eletrochoques para "tratamento", e ameaças de autoridades em denunciar a sua orientação sexual ou a identidade de gênero como forma de intimidação.

Já o Relator especial para a Violência contra as Mulheres, igualmente afirmou o princípio da não discriminação por orientação sexual e observou que o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados tem reconhecido que lésbicas e gays são "membros de um grupo social particular" para fins de reconhecimento de refúgio. Isso vem sendo igualmente reconhecido nos ordenamentos jurídicos de numerosos Estados.

Destacamos também que, em 2004, o Relator especial para o Direito à Saúde emitiu o seu Relatório anual com vistas à 60ª Sessão da CDH. Neste documento, ele afirma:

Como se pode notar, a discriminação por orientação sexual está desautorizada sob a égide das normas internacionais de direitos humanos. A proibição legal das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo em muitos países, em consonância com a ampla falta de apoio ou proteção das minorias sexuais contra a violência e a discriminação, impedem o gozo da saúde reprodutiva e sexual por parte de muitas pessoas que possuem uma conduta ou identidade lésbica, gay, bissexual ou transgênero⁵⁸.

Destarte, diante do exposto, podemos assegurar que existe um vasto reconhecimento pelo corpo constitutivo e pelos Procedimentos Especiais da ONU dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, não sendo mais admissível que se questione se a orientação sexual está ou não protegida pelos seus diversos tratados e convenções. A única questão plausível é: quando será aprovado pelas Nações Unidas um documento de cunho vinculativo relacionado especificamente à orientação sexual, instituindo, assim um “standard mínimo universal” de proteção aos direitos do coletivo LGBT?

1.1.2 O posicionamento da Organização Internacional do Trabalho em relação à discriminação por orientação sexual

A OIT foi criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes⁵⁹. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste contexto, com a Carta das Nações Unidas, a OIT viu-se vinculada à ONU, sem integrá-la (arts. 57 e 63 da Carta), tendo total independência de ação. Assim, a OIT é

⁵⁸Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8585ee19e6cf8b99c1256e5a003524d7/\\$FILE/G0410933.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8585ee19e6cf8b99c1256e5a003524d7/$FILE/G0410933.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2009.

⁵⁹ Segundo Piovesan (2007, p.114-115): [...] o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era, salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, ao alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Tais institutos rompem, assim, com o conceito tradicional que situava o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional. Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos.

atualmente a agência especializada das Nações Unidas que busca a promoção da justiça social e o reconhecimento internacional dos direitos humanos e trabalhistas⁶⁰.

Segundo Brownlie (1997, p. 592):

[...] Apesar de os seus trabalhos poderem parecer especializados, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) produziu, de fato, durante duas gerações, uma enorme quantidade de trabalho a fim de dar expressão prática a vários Direitos Humanos extremamente importantes e a fim de criar critérios de tratamento. A sua agenda incluiu o trabalho forçado, a liberdade de associação, a discriminação no emprego, o salário igual, a segurança social e o direito ao trabalho [...].

A referida organização foi o primeiro regime internacional disposto funcionalmente em matéria de direitos humanos. Regimes internacionais são instituições diferenciadas que, ao assumirem a forma de organizações internacionais, possuem características interestatais, base voluntária, órgãos permanentes, vontade autônoma para criar suas normas, esfera própria de competência e ação cooperativa. Os regimes internacionais, estabelecidos a partir das necessidades dos atores hegemônicos na sociedade internacional, adotam uma pauta de congruência ditada por estes atores, obedecendo, ao mesmo tempo, a uma agenda funcional.

A OIT é considerada como eficiente no encorajamento do cumprimento dos direitos humanos pelos governos. Utiliza sistemas diversos, tais como relatórios, reclamações, comissões de inquérito, dando grande destaque nesta tarefa aos atores não governamentais. A atividade normativa da OIT, embora não explicitamente, sempre privilegiou alguma das concepções de direitos humanos.

Uma das funções mais importantes da OIT é o estabelecimento e adoção de normas internacionais de trabalho sob a forma de convenções⁶¹ ou recomendações. Estes instrumentos

⁶⁰O Brasil é membro da OIT desde 1919, e até 13 de outubro de 2009, havia ratificado 81 Convenções. É importante também observar que, a OIT mantém um escritório no Brasil que atua na promoção dos quatro objetivos estratégicos da Organização, com atividades próprias e em cooperação com os demais escritórios, especialmente o regional (Lima), e o central (Genebra), na concepção e implementação de programas, projetos e atividades de cooperação técnica. Essas atividades visam o aperfeiçoamento das normas e das relações trabalhistas, e das políticas e programas de emprego e formação profissional e de proteção social. No âmbito de promoção do Trabalho Decente, a OIT Brasil oferece cooperação técnica aos programas prioritários e reformas sociais do Governo brasileiro, incluindo o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, Fome Zero, Primeiro Emprego e diversos programas governamentais e não governamentais de erradicação e prevenção do trabalho infantil, de combate à exploração sexual de menores; de promoção de igualdade de gênero e raça para a redução da pobreza, da geração de empregos, de fortalecimento do diálogo social e de programas de proteção social. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>. Acesso em: 13 out. 2009.

⁶¹ As Convenções da OIT são tratados internacionais que, uma vez ratificados pelos Estados Membros, passam a integrar a legislação nacional. A aplicação das normas pelos países é examinada por uma Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT que recebe e avalia queixas, dando-lhes seguimento e produzindo relatórios de memórias para discussão, publicação e difusão.

são adotados pela Conferência Internacional do Trabalho com a participação de representantes dos trabalhadores, empregadores e dos governos.

Neste sentido, a OIT tem elaborado diversos documentos consagrando o princípio da igualdade e não discriminação no âmbito laboral.

A não discriminação vem regulamentada na OIT pela Convenção n.º. 100, sobre igualdade de remuneração, de 1951, e pela Convenção n.º. 111, sobre a discriminação no emprego e ocupação, de 1958.

A Convenção número 100 - Igualdade de remuneração (1951) preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor. A norma decorre do princípio geral de isonomia de remuneração para homens e mulheres por um trabalho de igual valor, mediante métodos de fixação de taxas de remuneração equânimes. Para se fixarem parâmetros de igualdade, tomam-se leis ou regulamentos nacionais ou instrumentos de contratação coletiva. A Convenção aplica-se ao salário ou soldo ordinário, básico ou mínimo e a qualquer outro emolumento pago em dinheiro ou em espécie pelo empregador para remunerar direta ou indiretamente o trabalhador.

O artigo 1º da Convenção dispõe a igualdade entre a mão-de-obra feminina e masculina, resultante de um trabalho de "igual valor". Juntamente com a Recomendação n.º. 90, elege-se o valor do trabalho como o centro da comparação. A convenção diz respeito ao valor relativo do trabalho a ser ponderado para calcular a remuneração. Não deve ser utilizada apenas a metodologia do valor comparável, mas podem ser usados outros métodos para fixação de salários, como salários mínimos, produtividade, e novos sistemas salariais baseados na capacidade. Para determinação de meios salariais justos e equânimes, a Convenção admite sejam observadas dentro da legislação nacional, qualquer sistema de remuneração reconhecido normativamente ou mediante convenções coletivas entre empregadores e trabalhadores.

A Convenção número 111 – Discriminação (emprego e ocupação), de junho de 1958 – pretende a promoção da igualdade e eliminação de toda discriminação de oportunidade e de tratamento, em matéria de emprego e de ocupação, mediante política nacional adequada⁶².

Neste sentido, a Convenção, assim define discriminação:

Art. 1.º

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

- a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito

⁶² Segundo Sanches (2009, p. 94): A ratificação pelo Brasil da Convenção n. 111 foi um passo muito importante para o direito interno, pois antes dela contávamos apenas com diretivas gerais antidiscriminatórias, mas que nem sempre eram aplicadas quando se tratava de relações de emprego. A Convenção n. 111, na verdade, é um marco em termos de legislação protetiva contra condutas discriminatórias no âmbito do direito do trabalho.

- destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado-Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
- (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.
- (3) Para fins da presente Convenção as palavras «emprego» e “profissão” incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

Desta definição podemos extrair os seguintes elementos: um fato no qual a distinção ou exclusão constitui-se em uma diferença de tratamento; um critério duvidoso na base da diferença de tratamento e, por fim, o resultado objetivo desta diferença de tratamento, que é a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades e de tratamento.

O exame que se faz a esta definição é que ela é meramente procedimental. Ou seja, aspira a uma igualdade formal de tratamento e não a uma melhora da condição dos empregados como um todo. A ideia de igualdade substancial ou material, ao contrário, pressupõe uma igualdade de resultados e oportunidades. Trata-se da noção em que a igualdade dos trabalhadores não deve ser alcançada pelo nivelamento por baixo.

Atualmente, tem sido desenvolvida a noção de igualdade horizontal, uma igualdade que promove a todos, sendo ressarcidas as desigualdades do passado⁶³. Fala-se em ações afirmativas, ou seja, políticas que procuram reverter os efeitos de uma discriminação passada, habilitando um grupo, ou uma pessoa, para competir nos mesmos termos de outros grupos ou pessoas favorecidas, a fim de atingir igualdade nos resultados.

Nesta linha, cabe enfatizar que, em momento oportuno, abordaremos neste trabalho, de maneira mais detalhada a questão da igualdade formal e material, da discriminação direta e indireta, assim como as ações afirmativas, especialmente no contexto da legislação brasileira.

É importante ainda lembrar que, o princípio da não discriminação, além de enunciado nas supracitadas Convenções, também foi mencionado, embora de maneira mais generalizada, em outros documentos da OIT.

⁶³ Neste sentido, afirma Peucker (2009, p. 107): “La discriminación del pasado en el presente es un tipo de discriminación estructural especialmente grave que “implica prácticas actuales aparentemente neutrales cuyos efectos negativos derivan de anteriores prácticas de discriminación intencionada”. Las prácticas discriminatorias anteriores que han sido abolidas continúan afectando de forma negativa a las oportunidades de los inmigrantes o los miembros de grupos minoritarios y a sus familias, algunas veces incluso en la segunda y la tercera generación. Si las minorías solían enfrentarse a la discriminación en el mercado laboral y, por lo tanto, ocupaban principalmente los puestos de trabajo menos ventajosos, entonces el legado de estas prácticas probablemente afectará a sus oportunidades y a las de sus descendientes en la actualidad”.

Não obstante, é admirável observar que até então, nenhuma menção explícita é feita a discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Foi somente em 2007, no Relatório Igualdade no Trabalho: enfrentando desafios, que são reconhecidas novas formas de discriminação, como as relativas à idade, à orientação sexual, às pessoas com deficiência, às pessoas vivendo com HIV e ainda como manifestações incipientes da discriminação, as baseadas em fatores genéticos e estilo de vida.

Este Relatório Global sobre discriminação, de seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, analisa aspectos emergentes nos padrões de discriminação e desigualdades no local de trabalho e as recentes políticas que respondem à questão e descreve a experiência e as realizações da OIT até o momento, bem como os desafios enfrentados pela organização.

De acordo com Alventosa del Río (2008, p. 69):

El principal mensaje que en él se transmite, según el propio Informe, es que, para seguir combatiendo eficazmente la discriminación en el trabajo lo esencial es crear sociedades más equitativas para elaborar paradigmas y políticas, y que para progresar en esa dirección se debe promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su raza, religión, edad u *orientación sexual*, o de que tengan o no una discapacidad.

O Relatório faz uma referência expressa em relação à discriminação baseada na orientação sexual, constatando sua existência nos locais de trabalho, se há suspeita de que os trabalhadores são gays, lésbicas, bissexuais ou transexuais, reconhecendo que as instituições e os mecanismos de direitos humanos, tanto no âmbito nacional quanto internacional, outorgam cada vez mais importância a esta forma de discriminação, e por fim ainda afirma que alguns Estados têm desenvolvido disposições legais pela quais se proíbe a discriminação no trabalho baseada em orientação sexual.

Neste contexto, assim dispõe o Relatório⁶⁴:

Recuadro 2.10

Manifestaciones de discriminación en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual

Denegación de empleo, despido, denegación de ascenso. Acoso: bromas indeseables, indirectas y comentarios tendenciosos, abuso verbal, chismes difamatorios, apodos, intimidación y hostigamiento, falsas acusaciones de pedofilia,

⁶⁴ Informe I (B) Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007. La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Disponible em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/rep-i-b.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2009.

pintadas, llamadas telefónicas insultantes, anónimos, daños a los bienes, chantaje, violencia e incluso amenazas de muerte.

Denegación de prestaciones a la pareja del mismo sexo (por ejemplo, días de asueto adicionales por diferentes razones como traslado, nacimiento de un hijo, licencia parental, cuidado de la pareja enferma, pérdida de un familiar; prestaciones educacionales para los trabajadores y su familia; suministro de bienes y servicios de calidad por parte del empleador; prestaciones de supervivencia en los regímenes de pensiones profesionales o a los efectos del seguro de vida, y seguro de enfermedad para los trabajadores y su familia).

Autoexclusión (por ejemplo, cuando los homosexuales evitan ciertos empleos, carreras o empleadores por temor a sufrir discriminación por su orientación sexual).

Portanto, podemos afirmar que este é o mais completo e exaustivo informe realizado sobre a discriminação no âmbito laboral em nível mundial.

Nele se afirma que são respeitáveis os progressos no campo legal e institucional constatados em muitos Estados-membros, já que a positivação de cláusulas relacionadas com a não discriminação e a igualdade, seja em códigos de trabalho, seja em instrumentos coletivos, é um fato concreto. Não obstante, alerta a OIT, perduram várias deficiências, visto que, em muitos Estados-membros, as instituições públicas criadas para enfrentar a discriminação possuem muitas restrições de pessoal e de recursos que tornam, ou podem tornar, ineficazes a efetiva aplicação da legislação pertinente ao tema da igualdade no trabalho e a proibição da discriminação. Situação que ademais se vê agravada pelo aumento considerável da variante economia informal – um objetivo ainda pendente para as políticas públicas que buscam remover os obstáculos que impedem a milhões de pessoas ter igual acesso ao trabalho, um trabalho decente e um tratamento digno no âmbito laboral.

Em suas recomendações, nada mais faz que objetivar efetivamente o princípio de igualdade de tratamento e oportunidades, princípio que significa algo mais do que tratar a todas as pessoas por igual, porquanto requer dar a todos a oportunidade de competir em igualdade de condições por um trabalho decente.

Destaca ainda o Informe, que os Estados-Membros da OIT avançaram de maneira notável em seus esforços para abordar a discriminação laboral, mas que muito ainda deve ser feito, com caráter urgente e prioritário, para combater este problema de proporções globais e humanitárias.

Por fim, podemos concluir que a inclusão dos homossexuais no mercado de trabalho é vital para que estes indivíduos tenham garantida concretamente a sua dignidade pessoal. O direito ao trabalho é um direito fundamental de todo ser humano, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, onde dispõe em seu artigo XXIII, item 1

que: “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Ressaltamos ainda que esta inclusão deve partir de princípios como o da igualdade e da não discriminação, a fim de que a homossexualidade não seja encarada como fator desclassificação, inabilitação ou exclusão, mas tão somente como o exercício pleno do seu direito de liberdade e alteridade. Ou seja, do seu direito de ser diferente e que esta diferença seja respeitada.

1.1.3 A Organização Mundial de Saúde (OMS) e a proteção ao coletivo LGBT

Fundada em 7 de abril de 1948, e subordinada à Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada em saúde.

Segundo sua Constituição, a OMS tem por objetivo desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos. Neste contexto, assim dispõe em seu preâmbulo:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde, que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

O trabalho da OMS em direitos humanos e saúde começou efetivamente em 1977, quando a Secretaria Geral das Nações Unidas adotou um programa de reformas na ONU, o qual estabeleceu os direitos humanos como uma atividade presente em todos os setores das Nações Unidas, encorajando todas as agências a levar em conta, em seu trabalho, os direitos humanos.

A tarefa inicial da OMS, de levar a cabo essa nova área de trabalho, foi estabelecer relações entre saúde e direitos humanos. Tornou-se evidente que a promoção e proteção da saúde, e o respeito, proteção e satisfação dos direitos humanos estão intrinsecamente atrelados. Portanto, a OMS atualmente está trabalhando para integrar a abordagem dos direitos humanos em suas atividades.

A retirada da homossexualidade da lista de doenças mentais foi considerada um grande avanço no combate à discriminação por orientação sexual pelo movimento LGBT, além de causar uma expressiva repercussão jurídica.

Conforme já mencionado na introdução deste trabalho, a 43ª Assembléia-Geral da Organização Mundial de Saúde – OMS, em 1990, retirou a homossexualidade da sua lista de doenças ou transtornos mentais, suprimindo-a do Código Internacional de Doenças (CID-10) a partir de 1993. Talvez, este tenha sido o pronunciamento de maior destaque da referida organização.

Deste modo, até então a homossexualidade era considerada como uma inclinação ou comportamento sexual anormal, e a partir de 1993, com o (CID-10) a homossexualidade desaparece como transtorno sexual. Ademais, a OMS adverte explicitamente: "A orientação sexual por si não é vista como transtorno"⁶⁵.

Não obstante, a transexualidade⁶⁶ é catalogada pela OMS, como um transtorno da identidade sexual, assim também como o travestismo bivalente, e ainda o travestismo fetichista como transtorno da preferência sexual⁶⁷.

⁶⁵ Neste contexto, é interessante observar que, no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) decidiu em 31/07/2009, aplicar uma censura pública à psicóloga carioca Rozângela Alves Justino, que oferecia terapia para curar o homossexualismo masculino e feminino. Ela infringiu resolução do CFP nº. 1, de 23 de março de 1999, na qual a entidade afirma que a homossexualidade “não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. O Movimento LGBT, num abaixo-assinado, do qual participaram mais de 100 associações de defesa dos direitos humanos, pediu a cassação do registro profissional da psicóloga por prometer a cura para o homossexualismo. O julgamento ético pelo CFP, entretanto, resultou apenas na confirmação de uma censura pública à psicóloga.

Não obstante, o Conselho afirmou que a psicóloga terá punição agravada se insistir em cura do homossexualismo.

O CFP esclareceu ainda que psicólogos não podem sugerir modificação da orientação homoafetiva do cidadão nem oferecer tratamento para tal. Mesmo se procurados por clientes em sofrimento psíquico decorrentes de sua opção sexual, os psicólogos não podem prometer cura.

Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/07/31/materia.2009-07_31.3898005372/view>. Acesso em: 19 out. 2009.

⁶⁶ Segundo Verde (1997, p. 7):Cauldwell foi o primeiro a usar o termo “transexual”, em 1949, “psychopatia transexualis”, sem conotações psiquiátricas, enumerando um quadro clínico específico no interior das já conhecidas angústias do gênero, ou seja, dos distúrbios relativos à identidade sexual. Posteriormente, o termo é retomado mais usualmente por Benjamin, em 1953, diante da Academia de Medicina de Nova York e também em um artigo publicado na Revista *International Journal of Sexology*, que depois desapareceu.

A sociedade atual é mais tolerante enquanto reconhece os direitos da pessoa, mas certamente é pouco compreensiva enquanto não consegue aceitar em profundidade as dificuldades de comunicação da pessoa “diferente”. Além disso, a propósito de diversidade, sobretudo no que diz respeito ao transexualismo, associando-se o termo “diversidade” ao termo “doença” foi possível também entender a RCS (“Reconfirmação cirúrgica do sexo”) como “recuperação” ou “terapia” que de qualquer forma comporta uma melhoria em relação à condição anterior.

⁶⁷ Cf. CID 10 - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - Décima Revisão:

F64 Transtornos da Identidade Sexual

- F64.0 Transexualismo

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

- F64.2 Transtorno de Identidade Sexual na Infância

A Aids também tem sido uma prioridade da OMS, que é uma das Agências da ONU a compor o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS)⁶⁸, criado para combater e pesquisar essa que é a maior epidemia do momento.

Na área de saúde pública, a pandemia da AIDS/SIDA, veio nos anos 80, como um alerta, demonstrando como os programas de saúde pública e os princípios de direitos humanos estão inter-relacionados.

Considerando que um dos primeiros grupos afetados foi o dos homossexuais, a OMS se preocupou em estabelecer pautas específicas para evitar a transmissão do vírus HIV/SIDA nesse grupo, realizando estudos e formulando disposições para conter a discriminação contra as pessoas afetadas pelo vírus HIV/SIDA.

Por fim, destacamos que a mesma preocupação com o coletivo LGBT foi manifestada pela ONUSIDA/UNAIDS elaborando documentos específicos para o referido coletivo e também, de caráter geral, para lutar contra a discriminação das pessoas afetadas pelo HIV, dentre eles: as Diretrizes Internacionais sobre o HIV/SIDA e direitos humanos, em 1998; Declaração de Compromisso sobre HIV/AIDS, de la Asamblea General de las Naciones

Transtorno que usualmente primeiro se manifesta no início da infância (e sempre bem antes da puberdade), caracterizado por um persistente e intenso sofrimento com relação a pertencer a um dado sexo, junto com o desejo de ser (ou a insistência de que se é) do outro sexo. Há uma preocupação persistente com a roupa e as atividades do sexo oposto e repúdio do próprio sexo. O diagnóstico requer uma profunda perturbação de identidade sexual normal; não é suficiente que uma menina seja levada ou traquinas ou que o menino tenha uma atitude afeminada. Os transtornos da identidade sexual nos indivíduos púberes ou pré-púberes não devem ser classificados aqui, mas sob a rubrica: F – 66.

F64 - Transtornos da Identidade Sexual

- F 64.1 Travestismo Bivalente

Este termo designa o fato de usar vestimentas do sexo oposto durante uma parte de sua existência, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao sexo oposto, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica; a mudança de vestimenta não se acompanha de excitação sexual. Transtorno de identidade sexual no adulto ou adolescente, tipo não transexual.

F65 - Transtornos da Preferência Sexual

- F 65.1 Travestismo Fetichista

Vestir roupas do sexo oposto, principalmente com o objetivo de obter excitação sexual e de criar a aparência de pessoa do sexo oposto. O travestismo fetichista se distingue do travestismo transexual pela sua associação clara com uma excitação sexual e pela necessidade de se remover as roupas uma vez que o orgasmo ocorra e haja declínio da excitação sexual. Pode ocorrer como fase preliminar no desenvolvimento do transexualismo. Disponível em: < <http://www.who.int/es/index.html>>. Acesso em: 19.10.09.

⁶⁸ UNAIDS, Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV / SIDA, é uma empresa inovadora conjunta da família das Nações Unidas, que reúne os esforços e recursos de dez organizações do sistema das Nações Unidas na resposta à AIDS no mundo para ajudar a prevenir novas infecções pelo HIV, cuidar de pessoas vivendo com HIV e mitigar o impacto da epidemia.

Com sede em Genebra, na Suíça, o Secretariado da ONUSIDA trabalha no terreno em mais de 80 países do mundo. Ação coerente sobre a SIDA pelo sistema das Nações Unidas é coordenado em países através dos grupos temáticos da ONU, e os programas comuns sobre a AIDS. Seus co-patrocinadores incluem ACNUR, UNICEF, PMA, PNUD, UNFPA, UNODC, OIT, UNESCO, OMS e Banco Mundial.

Disponível em:< <http://www.unaids.org/en/default.asp>>. Acesso em: 20 out. 2009.

Unidas [período extraordinário de Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2001, base do programa ONUSIDA; AIDS e relacionamentos: sexo entre homens, em 2000]; Estigma, discriminação e violação dos direitos humanos em relação ao VIH – Estudos de casos de programas bem sucedidos, em 2005; a Declaração política sobre VIH/SIDA, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2006; o Informe de política da ONUSIDA: HIV e relações sexuais entre homens, em 2006⁶⁹; e o Relatório sobre a epidemia global de SIDA, 2008.

1.2 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

A proteção internacional dos direitos do coletivo LGBT no continente europeu, destaca-se através das atividades de duas instituições: o Conselho da Europa⁷⁰ e a União Europeia.

Neste contexto, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, em 1950, sob os auspícios do Conselho da Europa, criou um sistema original de proteção internacional de direitos humanos, oferecendo aos indivíduos o benefício de um controle judicial de seus direitos.

⁶⁹ Segundo este informe: [...] La discriminación impide que los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres revelen su orientación sexual o soliciten servicios para el VIH. En consecuencia, aumenta su vulnerabilidad a la infección, y los datos nacionales no reflejan la magnitud de la epidemia de VIH relacionada con las prácticas sexuales entre hombres[...] Respetar los derechos de los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres no sólo es beneficioso *per se*: también supone un medio crítico de mejorar su estado de salud y el de la comunidad más general. En muchos países donde no se penalizan las relaciones sexuales entre hombres y donde se han reducido el estigma y la discriminación, los individuos con tales comportamientos tienen más probabilidades de aceptar servicios de prevención, atención, apoyo y tratamiento relacionados con el VIH [...] En este contexto, el ONUSIDA recomienda acciones para los gobiernos como: respetar, proteger y cumplir los derechos de los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, y afrontar el estigma y la discriminación en la sociedad y en el lugar de trabajo derogando las leyes que prohíban los actos sexuales consentidos y en privado entre adultos; implantando medidas antidiscriminatorias; proporcionando servicios de asistencia jurídica, y promoviendo campañas que cuestionen la homofobia.

Disponível em: < http://data.unaids.org/pub/BriefingNote/2007/JC1269_Policy_Br_MSM%20web_sp.pdf>. Acesso em: 20.10.09.

⁷⁰ Criado em 1949, o Conselho da Europa, a mais antiga organização política do continente; reagrupa 47 países, recebeu a candidatura de 1 outro país (Bielorrússia) e reconheceu o estatuto de observador a 5 outros Estados (Santa Sé, Estados Unidos, Canadá, Japão e México); é distinta da União Europeia dos "27", mas nunca nenhum país aderiu à União sem primeiro ter pertencido ao Conselho da Europa, e tem a sua sede em Estrasburgo (França).

A partir de 1989, tem a missão especial de:

- ser um ancoradouro político e o guardião dos direitos do homem para as democracias pós-comunistas da Europa;
- ajudar os países da Europa central e oriental a pôr em marcha e a consolidar reformas políticas, legislativas e constitucionais, paralelamente às reformas económicas;
- fornecer um certo "know-how" em domínios como os dos direitos do homem, da democracia local, da educação, da cultura, do meio ambiente.

Os Direitos Humanos protegidos por esta Convenção são implementados por três órgãos: a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A Comissão não tem, manifestamente, os poderes de um tribunal, mas, pelo modo como lida com as petições, pode dizer-se que atua judicialmente.

O número cada vez maior de causas obrigou a reformar o sistema de controle instaurado pela Convenção. Assim, em 1998 foram substituídos os supra mencionados organismos por um único Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Dessa forma, a simplificação da estrutura permitiu abreviar a duração dos procedimentos e reforçar o caráter judicial do sistema.

Em seu artigo 14 a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim dispõe:

Art.14. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

É importante observar que neste dispositivo não se menciona explicitamente a não discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Não obstante, assegura Alventosa del Río (2008, p.77): “[...] se cierra con fórmula general en la que puede inscribirse dichas causas de discriminación”.

Por outra parte, o Conselho da Europa, tem se pronunciado explicitamente, em várias ocasiões, em relação ao princípio da igualdade e não discriminação de pessoas LGBT.

Nesta linha, observa Montero González (2007):

Mucho antes de que la OMS y la APA dejaran de considerar enfermos a los y las homosexuales, la Recomendación 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa de Octubre de 1981, declaraba:“(...) el derecho de autodeterminación sexual de hombres y mujeres en edad legal de consentimiento prevista por las leyes del país donde viven y capaces de consentimiento personal válido”, y exhortaba a los países cuyas leyes penalizan los actos homosexuales entre adultos con mutuo consentimiento a abolir esas leyes, a la vez que se invitaba a la OMS a eliminar la homosexualidad de su catálogo de enfermedades. Se trataba del primer reconocimiento por parte de un organismo internacional del derecho a ser homosexual y a no sufrir discriminación por ello⁷¹.

⁷¹ En 1987 la aprobación del DSM III-R (la versión revisada del Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales, de la Asociación Psiquiátrica Americana) ya había abierto el camino al eliminar definitivamente la última referencia que hasta entonces se contenía de la Homosexualidad: la llamada homosexualidad egodistónica, “un síntoma o rasgo que es reconocido por el individuo como inaceptable e indeseable y que es vivido como ajeno”. Para justificar la supresión se dice que podría llegar a parecer que la homosexualidad es en sí misma un trastorno. A partir de entonces “ninguna desviación conductual, ya sea política, religiosa o sexual, ni los conflictos del individuo con la sociedad constituyen un trastorno mental”.

Outros pronunciamentos, na mesma linha foram realizados pelo Conselho, tais como: Recomendação 1470 de 30 de junho de 2000 sobre a imigração e asilo para gays e lésbicas e seus parceiros; Recomendação 1474 de 26 de setembro de 2000 sobre a situação de gays e lésbicas na Europa e a Recomendação 1635 de 25 de novembro 2003, sobre gays e lésbicas no esporte e a Recomendação 211 sobre a liberdade de expressão e de reunião das lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais, em 2007⁷².

Também não podemos olvidar o Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural: “Viver Juntos em Igual Dignidade”, lançado pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros do Conselho da Europa por ocasião da sua 118.^a reunião ministerial, em Estrasburgo, em 7 de Maio de 2008. Trata-se de uma espécie de roteiro das políticas e das boas práticas destinadas a assegurar a boa governança da diversidade cultural.

A mensagem principal do Livro Branco é a de que o diálogo intercultural é impossível sem uma clara referência aos valores universais – democracia, direitos humanos e Estado de direito.

Destacamos que o documento foi amplamente acolhido, mas as suas conclusões e recomendações necessitam de ser implementadas e observadas em diálogo com todos os atores envolvidos. Conforme o Livro, o diálogo intercultural é uma “obra em progresso” – um novo passo no caminho de um novo modelo social e cultural adaptado a uma Europa em acelerada transformação e a um mundo em rápida mudança.

Com efeito, o “Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural” afirma eloquentemente, em nome dos Governos dos 47 Estados membros do Conselho da Europa, que o futuro comum depende da capacidade para salvaguardar e promover os direitos humanos – tal como consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem - a democracia, o Estado de direito e da compreensão mútua. Neste sentido, o Livro Branco defende que a abordagem intercultural proporciona um modelo de gestão da diversidade cultural aberto às evoluções futuras. Além disso, propõe uma concepção baseada na dignidade humana de cada indivíduo (assim como na ideia de humanidade e de destino comuns).

O Livro Branco baseia-se nos sólidos fundamentos do acervo do Conselho da Europa. O documento considera as informações recolhidas através de consulta a diversas partes interessadas, incluindo parceiros não europeus, realizada em 2007. Neste sentido, o Livro Branco é um produto do debate democrático que está no cerne do próprio diálogo intercultural.

⁷² Disponível em: < <http://www.coe.int/>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

O documento também faz recomendações e orientações de política geral para a ação futura: a responsabilidade partilhada dos principais atores. Dessa forma, afirma que é da responsabilidade partilhada de todas as partes interessadas, contribuir para o reforço do diálogo intercultural, afim de promover os valores comuns de respeito pelos direitos humanos, pela democracia e pelo Estado de Direito, favorecendo, deste modo, uma maior unidade europeia.

Neste sentido, o documento ressalta que o diálogo intercultural necessita de um quadro institucional e jurídico neutro, a nível local e nacional, que seja conforme às normas do Conselho da Europa em matéria de direitos humanos e fundado nos princípios da democracia e do Estado de direito. Portanto, importa, em especial, criar legislação e políticas claras para lutar contra a discriminação por motivos como o gênero, a raça, a cor, a língua, a religião, as opiniões políticas e outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, o patrimônio, a nascença ou qualquer outra situação como, nomeadamente, **a orientação sexual**, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a idade ou deficiências físicas ou mentais, segundo o relatório explicativo do Protocolo n.º 12 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Observamos, ainda, que o documento dispõe sobre as ações afirmativas, ao afirmar que poderes públicos são encorajados a tomar, quando necessário, medidas positivas adequadas para facilitar o acesso das pessoas pertencentes a grupos desfavorecidos ou sub-representados a cargos de responsabilidade na vida profissional, nas associações, na vida política, assim como nas coletividades locais e regionais, tendo em conta as competências profissionais requeridas. O princípio segundo o qual, em determinadas circunstâncias, poderão ser necessárias medidas adequadas para promover a igualdade plena e efetiva entre as pessoas pertencentes a minorias nacionais e os membros da maioria deveria ser reconhecido por todos os Estados membros, sob a condição expressa de que tais medidas não sejam discriminatórias. Sempre que tais medidas forem adotadas será necessário ter em conta as condições específicas em se encontram as pessoas provenientes de minorias nacionais.

No âmbito da União Europeia, também observamos a preocupação na aplicação do princípio da igualdade e não discriminação em todos os Estados membros, em inúmeras ocasiões.

O Tratado constitutivo da Comunidade Europeia assim dispõe em seu artigo 6º que: “1. A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros; 2. A União respeita os direitos fundamentais tal como os

garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário” [...].

Ademais, no seu artigo 12 prevê a proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

Com efeito, desde a adoção do Tratado de Amsterdam em 1997⁷³, o conceito de não discriminação, até então intrinsecamente ligado à questão da igualdade entre homens e mulheres, sobre a qual existe um arsenal jurídico complexo e farta jurisprudência, alargou-se a outros parâmetros, fixados no artigo 13º do Tratado CE. Este artigo, posteriormente alterado pelo Tratado de Nice, dispõe que:

Art. 13

1. Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou **orientação sexual**⁷⁴ [...]

A referência explícita feita em relação à orientação sexual é bastante recente, os Tratados anteriores não faziam alusão a essa causa de discriminação.

Neste sentido, afirma Chacartegui (2001, p. 52-53):

En mi opinión, merece una valoración positiva la inclusión en este precepto de la orientación sexual como uno de los motivos de discriminación expresamente previstos, puesto que es la primera vez que se contempla este tipo de discriminación en un instrumento de derecho originario europeo[...] La inclusión de la orientación sexual como motivo de discriminación expresamente previsto en el Tratado constitutivo, obliga, en mi opinión, a tomar una nueva perspectiva ante las diferencias de trato por este motivo en el ámbito del Derecho en general y de las relaciones laborales en particular. No puede olvidarse que el artículo 13 del Tratado de Amsterdam se enmarca dentro de los «principios» de la Unión, lo cual supone un avance importantísimo con respecto a la situación precedente, y obliga a los distintos Estados miembros a tomar en cuenta esta previsión para adaptar en sus diversos ordenamientos esta causa de discriminación [...].

⁷³ As bases constitutivas da União Europeia foram consagradas numa série de tratados: O Tratado de Paris, que em 1951 instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA); Os Tratados de Roma, que em 1957 criaram a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom). Os Tratados inicialmente estabelecidos foram posteriormente alterados através de: Ato Único Europeu, em 1986; Tratado da União Europeia (Maastricht), em 1992; Tratado de Amsterdam, em 1997; Tratado de Nice, em 2001 e o Tratado de Lisboa, em 2009.

⁷⁴ Grifo nosso.

É interessante notar que, baseada neste artigo, a UE dotou-se de um quadro jurídico original em matéria de luta contra a discriminação, cujas peças fundamentais são duas diretivas⁷⁵.

A primeira delas, DIRETIVA 2000/43/CE DO CONSELHO de 29 de Junho de 2000⁷⁶, relativa à “igualdade racial”, proíbe a discriminação direta e indireta⁷⁷ em matéria de emprego, formação, educação, segurança social, cuidados de saúde, habitação e acesso a bens e serviços.

A segunda, Diretiva 2000/78/CE de 27 de Novembro⁷⁸, incide essencialmente no domínio do emprego e refere-se à discriminação direta e indireta em razão da religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. Contém disposições importantes relativas às adaptações razoáveis para favorecer o acesso de pessoas com deficiência ao emprego e à formação.

Em seu artigo 2º, essa diretiva assim dispõe:

⁷⁵Ressaltamos que as diretivas têm caráter vinculante e valor jurídico como uma das fontes do direito comunitário derivado.

Destarte, o direito comunitário derivado consiste no conjunto de atos jurídicos adotados pelos órgãos da Comunidade que complementam e determinam os Tratados. Tais atos provêm dos órgãos deliberativos e executivos - Conselho e Comissão - e da Corte de Justiça, podendo assumir a forma de atos administrativos ou jurisdicionais.

Considerado a parte mais importante do Direito Comunitário Originário, os atos unilaterais encontram normatização no art. 249 do Tratado que institui a Comunidade Europeia. Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do referido Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adotam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designarem. As recomendações e os pareceres não são vinculativos. Por fim, a diretiva possui efeito direto e não aplicabilidade direta, pois somente poderá ser invocada caso o Estado-membro não a transpuser para a normativa interna no prazo estipulado ou caso efetive a transposição de maneira incorreta. Tal distinção se dá, tendo em vista que o efeito direto não se encontra previsto nos tratados, ao contrário da aplicabilidade direta, mas foi uma criação da jurisprudência do TJCE, com apoio da doutrina.

⁷⁶ DIRECTIVA 2000/43/CE DO CONSELHO de 29 de Junho de 2000 que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:pt:PDF>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

⁷⁷ Segundo essa diretiva em seu artigo 2º, item 2: “a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável; b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”.

⁷⁸ Diretiva 2000/78/CE de 27 de Novembro de 2000, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento emprego e profissão, cujo artigo 1º. proclama: "Esta Diretiva tem por fim estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual no domínio do emprego e profissão". Disponível em: <http://www.acidi.gov.pt/docs/Legislacao/LEuropeia/Directivas_emplo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2009.

Art. 2º

Conceito de discriminação

1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por «princípio da igualdade de tratamento» a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º

2. Para efeitos do nº 1:

a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que:

i) essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática [...].

É importante advertir que, não há nesta diretiva uma definição de orientação sexual. Nesta linha, afirma Chacartegui (2001, p. 59):

En relación al concepto de orientación sexual al que se refiere la Directiva, hay que señalar que en ésta no se contiene una definición de dicho concepto. La única referencia se encuentra en la explicación que la Propuesta de Directiva de 25 de noviembre de 1999 proporcionaba para La interpretación de su articulado (punto 5). En éste se señalaba que, por lo que se refiere a la orientación sexual, conviene distinguir claramente entre orientación sexual, cubierta por la presente Directiva, y la conducta sexual, que no entra dentro de su ámbito. Por consiguiente, ésta es la única mención explicativa a la noción de lo que en el ordenamiento comunitario ha de entenderse por orientación sexual, una noción por exclusión al concepto de conducta sexual, pero sin definirse ninguno de los dos conceptos de forma autónoma.

Estas duas diretivas são acompanhadas por um programa de ação comunitário plurianual de luta contra a discriminação, adotado em Novembro de 2000 por decisão do Conselho, relativo ao período 2001-2006. Em 2007, sucedem a este programa plurianual o programa PROGRESS, que tem uma secção consagrada à luta contra a discriminação e à promoção da diversidade, assim como uma outra que incide mais especificamente na igualdade entre homens e mulheres. A fim de fazer o ponto da situação dos progressos realizados em matéria de luta contra a discriminação e, ao mesmo tempo, de recolher opiniões sobre a forma como a União poderá reforçar a sua ação neste domínio, a Comissão lançou, em Maio de 2004, uma ampla consulta, sob a forma de um Livro Verde intitulado “Igualdade e

combate à discriminação na União Europeia alargada”⁷⁹. Foi da avaliação dos resultados da publicação deste Livro Verde que nasceu a ideia de organizar um Ano Europeu da Igualdade de Oportunidades para Todos em 2007.

Neste diapasão, vale também lembrar outras duas diretivas importantes, como: a Diretiva 2004/58/CE sobre o direito dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros. Esta diretiva refere, sem rodeios, que é membro da família, entre outros, cônjuges e parceiros registados, e a Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida.

Não obstante, seja a igualdade um direito fundamental, milhões de pessoas na União Europeia continuam a ser vítimas de discriminação no seu quotidiano. Atualmente, a própria legislação comunitária encerra uma desigualdade, porque só garante proteção contra a discriminação fora do local de trabalho em razão do sexo, da raça ou da etnia⁸⁰.

Objetivando suprir essa lacuna, a Comissão adotou em julho de 2008, uma proposta de diretiva⁸¹ que prevê proteção contra a discriminação por motivos de idade, deficiência, **orientação sexual**, religião ou crença, para além da que ocorre no local de trabalho. Esta nova diretiva asseguraria a igualdade de tratamento nos seguintes domínios: proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde, educação e acessibilidade e fornecimento de bens e serviços comercialmente disponíveis ao público, incluindo a habitação.

⁷⁹Documento (COM (2004) 0379).

⁸⁰ De acordo com a pesquisa da UE publicada em julho de 2008, os europeus são da opinião de que continua a haver muita discriminação, especialmente no que diz respeito à orientação sexual (51%), à deficiência (45%), à idade e à religião (42% cada). Cerca de 1 em cada 3 europeus afirma ter presenciado episódios de discriminação ou assédio no último ano, pensando 48% que não se faz o bastante para lutar contra este flagelo. Um inquérito anterior, realizado em Fevereiro de 2008, sublinhava que uma grande maioria dos cidadãos da UE (entre 68% e 77%) considera necessário existir legislação específica para proteger as pessoas contra a discriminação em domínios que ultrapassam a esfera do mercado de trabalho.

Além disso, o novo relatório da Comissão sobre as disposições da UE em matéria de igualdade de tratamento no emprego, constatou que estas foram agora aplicadas com sucesso na maioria dos países da União Europeia. Embora a legislação, objeto de acordo em 2000, tenha introduzido conceitos inovadores em vários casos, muitos Estados-membros foram além das exigências mínimas impostas pela diretiva da UE neste domínio. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1071&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 08 nov. 2009.

⁸¹Documento IP/08/1070 de 2 de julho de 2008. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1071&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 07 nov. 2009.

Segundo Vladimír Spidla⁸², Comissário da EU para o Emprego, os Assuntos Sociais e a Igualdade de Oportunidades, as medidas propostas são proporcionadas e razoáveis, trazem certeza jurídica às empresas e aos utilizadores de bens e serviços, respeitando os requisitos específicos de vários setores, assim como as tradições nacionais.

A proposta vai trazer equidade a toda a UE, uma vez que alguns Estados-Membros contam já com uma proteção exaustiva no domínio da luta contra a discriminação. O Parlamento Europeu tinha já repetidamente instado a este tipo de proposta horizontal, enquanto os Chefes de Estado e de Governo, em Dezembro de 2007, apelaram aos Estados membros no sentido de um reforço do combate à discriminação.

O documento proíbe a discriminação direta e indireta, assim como o assédio e a retaliação. Para as pessoas portadoras de deficiência, a não discriminação incidirá na acessibilidade geral, assim como no princípio das “adaptações razoáveis”, já consagrado na legislação europeia em vigor. No entanto, procura não impor uma sobrecarga desproporcionada aos prestadores de serviços, ao tomar em conta a dimensão e os recursos da organização, a sua natureza, os custos previstos, o ciclo de vida dos bens e serviços e os possíveis benefícios de um aumento de acessos para as pessoas portadoras de deficiência. A diretiva só é aplicável a particulares no desempenho das suas atividades comerciais. Além disso, os Estados-Membros podem continuar a manter medidas que assegurem a natureza secular do Estado ou digam respeito ao estatuto e atividades das organizações religiosas.

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸³, também consagra o princípio da não discriminação por orientação sexual e assim prescreve em seu artigo 21:

⁸²Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1071&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 07 nov. 09.

⁸³ Em Junho de 1999, o Conselho Europeu de Colônia considerou oportuno consagrar numa Carta os direitos fundamentais em vigor ao nível da UE, por forma a conferir-lhes uma maior visibilidade. De acordo com as expectativas dos Chefes de Estado ou de Governo, essa Carta deveria conter os princípios gerais consagrados na Convenção do Conselho da Europa de 1950, os resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da União e os direitos económicos e sociais consagrados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, bem como os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A Carta foi elaborada por uma Convenção composta por representantes dos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, um representante do Presidente da Comissão Europeia, deputados do Parlamento Europeu e deputados dos parlamentos nacionais. Formalmente adotada em Nice, em Dezembro de 2000, pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, a Carta representa um compromisso político, sem efeitos jurídicos obrigatórios.

As disposições gerais visam estabelecer vínculos entre a Carta e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), bem como determinar o âmbito de aplicação da Carta. Esta é aplicável às instituições europeias no respeito pelo princípio da subsidiariedade, não podendo de modo algum alargar as competências e as funções que lhes são conferidas pelos Tratados. Os princípios delineados na Carta são igualmente aplicáveis aos Estados

Art. 21

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual [...].

É fundamental também destacar o trabalho do Parlamento Europeu, através de vários pronunciamentos em relação aos direitos do coletivo LGBT.

Neste contexto, a Resolução do Parlamento Europeu relativa às discriminações no local de trabalho, em 13 de março de 1984, mencionava que: “en la lucha contra las discriminaciones de cualquier tipo, no se pueden ignorar o aceptar pasivamente las discriminaciones, de hecho o de derecho, contra los homosexuales”.

Notadamente significativa é a resolução de 8 de fevereiro de 1994, conhecida como Resolução Roth, pela relatora da mesma, a parlamentar alemã Claudia Roth, e que contém todas as reivindicações dos grupos LGBT. Esse texto, segue ainda hoje em pleno vigor⁸⁴.

Cabe ainda destacar, tendo em vista seu inquestionável valor político, que num período de pouco mais de um ano, o Parlamento Europeu aprovou três resoluções condenando a homofobia: a Resolução do Parlamento Europeu sobre a homofobia na Europa, em janeiro 2006⁸⁵, que condena todo tipo de violência homofóbica, incluindo a linguagem e o discurso de ódio, e insta os Estados membros a trabalhar para a eliminação de todas as formas de discriminação baseada na orientação sexual e identidade gênero; Resolução sobre o aumento da violência racista e homofóbica na Europa, em junho de 2006⁸⁶, e a Resolução sobre homofobia na Europa em abril de 2007⁸⁷, que condena as restrições por parte de alguns governos ao direito de reunião do coletivo LGBT, assim como as gravíssimas declarações de líderes poloneses contra gays e lésbicas.

Sobre o valor dessas resoluções, afirma Montero González (2007):

membros(às autoridades centrais, bem como às autoridades regionais ou locais) sempre que apliquem a legislação comunitária.

No Tratado de Lisboa, que altera os tratados, a Carta é investida de força obrigatória através da introdução de uma menção que lhe reconhece valor jurídico idêntico ao dos Tratados. Para o efeito, a Carta foi proclamada pela segunda vez em Dezembro de 2007.

⁸⁴ Resolução do Parlamento Europeu (A3-0028/94), de 8 de fevereiro de 1994, referente à igualdade dos direitos das pessoas homossexuais e lésbicas na Comunidade Europeia.

⁸⁵ Documento P6_TA-PROV(2006)00

⁸⁶ Documento P6_TA(2006)0273

⁸⁷ Documento P6_TA-PROV(2007)0167

Esto es muy importante. Quizá su valor normativo es reducido pero simbólicamente, políticamente, un pronunciamiento de este tipo, emanado de un órgano de representación popular continental resulta enormemente valioso. Por supuesto, como activista preferiría una Directiva o la acción decisiva de la Presidencia de turno como se produce en otras cuestiones [...].

Destarte, observamos que a União Europeia tem realizado um valioso trabalho em benefício dos direitos do coletivo LGBT e, tem, sobretudo, contribuído para uma mudança na legislação de vários países europeus visando à proteção eficaz e à promoção dos direitos fundamentais que constituem o fundamento da democracia na Europa e são uma condição essencial para a consolidação do Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça.

Neste sentido, o Relatório sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008)⁸⁸, observa com apreensão a situação insatisfatória da aplicação das políticas de combate à discriminação e insta os Estados-Membros que ainda não o tenham feito a porem em prática estas políticas, em especial a Diretiva 2000/43/CE e a Diretiva 2000/78/CE, e recorda que estas diretivas estabelecem um padrão mínimo, pelo que deveriam constituir a base na qual se deveria assentar uma política global de combate à discriminação.

O Relatório parabeniza a proposta de diretiva, apresentada pela Comissão, sobre a aplicação do princípio da igualdade de tratamento para além do emprego, que estende o alcance da Diretiva 2000/43/CE a todas as outras formas de discriminação, aplicando, deste modo, o artigo 21.º da Carta, que oferece uma margem de ação mais ampla do que o artigo 13.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na medida em que são nele mencionados casos complementares de discriminação – a cor, a origem social, as características genéticas, a língua, as opiniões políticas ou outras, a uma suposta minoria nacional, a riqueza ou o nascimento.

Não obstante, lamenta que a proposta de diretiva contenha lacunas substanciais em matéria de mecanismos de proteção jurídica contra a discriminação, devido nomeadamente a uma extensa série de exceções em matéria de ordem pública, segurança pública e saúde pública, atividades económicas, estatuto matrimonial ou familiar e direitos em matéria de reprodução, educação e religião; receia que, ao invés de combaterem a discriminação, estas “cláusulas de salvaguarda” possam de fato servir para codificar práticas discriminatórias existentes; lembra à Comissão que a diretiva deve ser consentânea com a jurisprudência

⁸⁸ Relatório Parlamento Europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008) (2007/2145(INI)). Documento A6-0479/2008. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Relator: Giusto Catania. Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0479+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

existente no domínio dos direitos dos homossexuais, lésbicas, bissexuais e transexuais (LGBT) e, nomeadamente, com o acórdão Maruko⁸⁹.

A preocupação pelo reduzido nível de conhecimento da legislação contra a discriminação nos Estados membros também é manifestada neste Relatório, lembrando que, para poderem exercer os seus direitos, os cidadãos da União devem apropriar-se da legislação europeia neste domínio, e solicita à Comissão e aos Estados membros que redobrem os seus esforços para elevar este nível; alerta, simultaneamente, para o fato de que a legislação só será eficaz se os cidadãos tiverem facilmente acesso às jurisdições, uma vez que o sistema de proteção previsto pelas diretivas em matéria de combate à discriminação depende das iniciativas tomadas pelas vítimas.

Como resultado deste Relatório e proposta de resolução, foi aprovada em 2009, a Resolução do Parlamento Europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia⁹⁰, na qual se considera que as observações discriminatórias formuladas por responsáveis políticos ou religiosos que visam os homossexuais alimentam o ódio e a violência e solicita aos órgãos dirigentes competentes que as condenem; saúda a publicação do primeiro relatório temático da Agência⁹¹, elaborado a seu pedido, e que trata da homofobia e da discriminação por razões de orientação sexual nos Estados-Membros e insta os Estados-Membros e as instituições da União a aplicarem quanto antes as recomendações da Agência ou a exporem as razões por que não o fazem, também adverte a todos os Estados-Membros que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a liberdade de reunião pode ser praticada, inclusivamente quando as opiniões dos que exercem

⁸⁹ No acórdão de 1 de Abril de 2008 pronunciado no Processo C-267/06 Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen, o TJCE estatuiu que a recusa de conceder o benefício das prestações de sobrevivência a um parceiro em regime de comunhão de assistência e entreaajuda vitalícia formalmente constituída constitui uma discriminação direta em razão da orientação sexual se o parceiro sobrevivo estiver numa situação comparável à do cônjuge no que respeita a essa prestação. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0479+0+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

⁹⁰ Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008) (2007/2145(INI)). Documento P6_TA(2009)0019 Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-20090019&language=PT&ring=A6-2008-0479>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

⁹¹ Relatório Anual, de 2008, da Agência Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicado em 24 de Junho de 2008. O Regulamento (CE) n.º 168/2007 do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2007, criou a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O objetivo desta agência é proporcionar às instituições e aos órgãos comunitários, bem como aos Estados membros da União Europeia (UE), assistência e competências no domínio dos direitos fundamentais quando aplicarem o direito comunitário. A agência tem como fim ajudar as instituições, os órgãos e os Estados membros a respeitarem plenamente esses direitos. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/114169_pt.htm>. Acesso em: 05 nov. 2009.

este direito não são majoritárias, e que, por conseguinte, a proibição discriminatória dos desfiles, bem como o incumprimento da obrigação de garantir uma proteção adequada a quem deles participa, infringe os princípios garantidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pelo artigo 6.º do Tratado da UE relativo aos princípios e valores comuns da UE e pela Carta.

A Resolução também convida os Estados-Membros que dispõem já de legislação em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo a reconhecerem as disposições adotadas por outros Estados-Membros que tenham efeitos idênticos; convida esses Estados-Membros a definirem orientações para o reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros da legislação em vigor a fim de garantir que, na União Europeia, o direito à livre circulação dos casais do mesmo sexo seja aplicável em condições idênticas às que imperam para os casais heterossexuais e, também insta a Comissão a apresentar propostas destinadas a garantir a aplicação pelos Estados-Membros do princípio de reconhecimento mútuo aos casais homossexuais, quer sejam casados, quer vivam em regime de parceria civil registrada, nomeadamente quando exercem o seu direito à livre circulação em conformidade com a legislação da UE.

Finalmente, convoca os Estados-Membros que ainda não o fizeram a que, em nome do princípio de igualdade, tomem medidas legislativas para pôr termo à discriminação de que são vítimas alguns casais em razão da sua orientação sexual e solicita à Comissão que vele por que os Estados-Membros concedam asilo às pessoas que fogem das perseguições no seu país de origem devido à sua orientação sexual, que tome iniciativas a nível bilateral e multilateral para pôr termo às perseguições a essas pessoas e que elabore um estudo sobre a situação das pessoas transexuais nos Estados-Membros se nos países candidatos, nomeadamente no que respeita aos riscos de assédio e de violência.

No tocante à jurisprudência europeia, cabe destacar o posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁹². Conforme já abordado preliminarmente linhas atrás, o referido Tribunal faz parte do sistema de proteção de direitos humanos europeu criado pelo Conselho da Europa.

⁹² O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (sinónimos: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Tribunal de Estrasburgo ou TEDH) foi criado em 1959 e tem a sua sede em Estrasburgo. Transformou-se num órgão permanente em 1 de novembro de 1998.

De acordo com o artigo 19 da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelo Protocolo n.º 11, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7 e 13, “a fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado “o Tribunal”, o qual funcionará a título permanente”.

Assim, o Tribunal que funciona em Estrasburgo é o órgão judiciário criado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal é composto por um juiz em cada Estado parte à Convenção e assegura em última instância que cada um desses Estados respeite as obrigações que assumiu em virtude da mesma. Desde Novembro de 1998 o Tribunal se tornou um órgão permanente.

Ressaltamos que esse Tribunal não é um órgão da União Europeia, contrariamente ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, mas uma jurisdição do Conselho da Europa. Os 47 Estados membros deste Conselho também devem ser imperativamente membros deste Tribunal e aceitar as suas decisões. Obviamente, isso afeta também os 27 membros da União Europeia, posto que eles também fazem parte dessa “Grande Europa”.

Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funciona em comités compostos por três juízes, em secções compostas por sete juízes e em tribunal pleno composto por dezesseis juízes.

A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas. Qualquer Estado-Parte pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outro Estado-Parte. O Tribunal pode receber também petições de qualquer pessoa singular (de qualquer nacionalidade), organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado-Parte dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. Os Estados-Partes, ao assinarem a Convenção, comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

Importa referir que o Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos, e se o direito interno do Estado-Parte não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário. Os Estados-Partes estão obrigados a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. Finalmente, a sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.

A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode ainda emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

Considerando que na maioria dos países europeus, até recentemente, as relações homossexuais estiveram tipificadas como delito, a própria jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), confirmava até início dos anos oitenta, a legitimidade da referida tipificação penal, embora esse posicionamento tenha sido modificado posteriormente.

Dessa forma, até início dos anos oitenta, a Comissão de Direitos Humanos costumava recusar as demandas apresentadas por homossexuais contra distintos aspectos da criminalização da homossexualidade nas legislações nacionais dos Estados membros.

Dentre estes pronunciamentos é possível destacar, segundo Alventosa del Río (2008, p.117):

[...] *la Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955*, en la que se rechazó el recurso de un ciudadano alemán contra la RFA, condenado a 15 meses de prisión em aplicación del Código Penal alemán, considerando «que la Convención permite a una Alta Parte contratante establecer, en su legislación, la homosexualidad como infracción punible y, por tanto, injerirse en la vida familiar y privada cuando se trata de proteger la salud y la moral» (art. 8.2 de la Convención), añadiendo en relación al artículo 14 de la Convención, relativo a la discriminación por razón de sexo, que ello «no excluye la posibilidad de establecer una diferenciación entre los sexos para las medidas que la Alta Parte contratante adopte con respecto a la homosexualidad, para la protección de la salud o de la moral». Por otra parte, en la *Decisión 5935/75, de 30 de septiembre de 1975*, un ciudadano alemán demanda también a la RFA por hechos acaecidos tras la reforma del Código Penal de 1969, despenalizando la homosexualidad entre adultos, ya que el Código había dejado vigente la sanción para el «varón de más de dieciocho años que cometa un atentado contra el pudor sobre la persona de otro varón de menos de veintiún años». El recurrente había sido condenado a dos años por cometer actos impúdicos con individuos del mismo sexo, alguno de ellos menor de edad. Alegaba que la represión de la homosexualidad en los términos establecidos por la reforma del Código penal alemán continuaba siendo una intervención abusiva del Estado en la vida privada. La Comisión volvió a rechazar la demanda, por el mismo argumento anterior, estimando que los Estados pueden establecer edades diversas para la penalización de las actividades penales tanto de homosexuales como de heterosexuales.

Este posicionamento do tribunal Europeu de Direitos Humanos foi modificado no caso *Dudgeon v. Reino Unido*⁹³, no acórdão de 22 de outubro de 1981. Sr. Dudgeon, um homossexual que desafiou leis antissodomia na Irlanda do Norte. Ele tinha sido ativo no movimento dos direitos dos homossexuais e conduziu um campanha durante vários anos para reformar o Direito da Irlanda do Norte sobre a homossexualidade, é que dele fazem parte duas leis antigas, uma de 1861 e outra de 1865⁹⁴, que penalizam os atos de *buggery*⁹⁵ e atentado

⁹³ European Court of Human Rights. **Case of Dudgeon v. The United Kingdom**. (Application no. 7525/76). Strasbourg, 22 October 1981. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37065032&skin=hudocen&action=request>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

⁹⁴ Offences against the Person Act 1861 ("the 1861 Act"), the Criminal Law Amendment Act 1885 ("the 1855 Act") and the common law.

grave ao pudor e à decência, em público ou em privado, com penas que podem chegar à prisão perpétua no primeiro caso e a dois anos de reclusão, no segundo. Entretanto, as relações entre lésbicas adultas, não são consideradas delituosas.

Em 1976, em um mandado de busca criminal por posse de drogas, a sua casa foi revistada, e sua correspondência e diários foram apreendidas e examinadas. Elas revelaram seu envolvimento com atividades homossexuais. O Sr. Dudgeon foi levado para a delegacia e interrogado por 4,5 horas sobre sua vida sexual. Ele então desafiou a lei sob a qual ele foi preso e entrou com uma queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, alegando que a direito penal em vigor na Irlanda do Norte proíbe a conduta homossexual masculina, constituía uma interferência indevida do seu direito ao respeito da sua vida privada, em violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ademais, alegou também ser vítima de uma discriminação contrária ao artigo 14 da referida Convenção, na medida em que a lei de Ulster é mais rigorosa com homossexuais masculinos que com femininos.

Após cuidadosa consideração do estatuto, a sua história de execução, e as fortes convicções religiosas entre as comunidades da Norte da Irlanda, o tribunal por maioria decidiu em favor do Sr. Dudgeon. Não obstante, em seu parecer adverte uma certa legitimidade aos Estados para regular as situações de homossexualidade, sobretudo no que diz respeito aos menores de vinte e um anos⁹⁶.

Analisando a referida decisão, afirma Chacartegui (2001, p. 30-32):

Under sections 61 and 62 of the 1861 Act, committing and attempting to commit buggery are made offences punishable with maximum sentences of life imprisonment and ten years' imprisonment, respectively. Buggery consists of sexual intercourse per anum by a man with a man or a woman, or per anum or per vagina by a man or a woman with an animal.

By section 11 of the 1885 Act, it is an offence, punishable with a maximum of two years imprisonment, for any male person, in public or in private, to commit an act of "gross indecency" with another male. "Gross indecency" is not statutorily defined but relates to any act involving sexual indecency between male persons; according to the evidence submitted to the Wolfenden Committee, it usually takes the form of mutual masturbation, inter-rural contact or oral-genital contact. At common law, an attempt to commit an offence is itself an offence and, accordingly, it is an offence to attempt to commit an act proscribed by section 11 of the 1885 Act. An attempt is in theory punishable in Northern Ireland by an unlimited sentence.

Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37065032&skin=hudocen&action=request>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

⁹⁵ Sob a maioria dos sistemas jurídicos de direito comum, a *sodomia* termo que se refere a uma infração penal e tem um significado específico legal. Em Direito Inglês, "sodomia" foi usada pela primeira vez na Lei Buggery 1533, enquanto que a Seção 61 da Lei de Crimes contra a Pessoa 1861, intitulado "sodomia e bestialidade", definidas punições para o "abominável crime de sodomia, cometidos quer com a humanidade ou com qualquer animal". Nem o diploma define o que constitui a sodomia. Ao longo dos anos, os tribunais têm definido como incluindo sodomia ou: coito anal por um homem com um homem ou mulher, ou coito vaginal ou por um homem ou uma mulher com um animal, mas não qualquer outra forma de "relação sexual não natural".

⁹⁶ Um ano depois da sentença a Irlanda do Norte despenalizava os atos homossexuais entre adultos a partir dos vinte e um anos.

El TEDH establece un elemento novedoso en el respeto de la vida privada, que es la protección de la vida sexual de la persona. En este sentido, el Tribunal señala que la sexualidad de la persona se concibe como uno de los aspectos más íntimos del individuo, y, consecuentemente, deben existir serias razones que justifiquen las injerencias por parte de los poderes públicos, en los términos previstos en el artículo 8.2 del Convenio[...] Puede apreciarse en esta sentencia que toda la construcción teórica em relación al derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual gira alrededor del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, por tanto, el reconocimiento de su pretensión al demandante se fundamenta en la ampliación del ámbito del respeto a la vida privada a la conducta sexual de aquél. Tal como ha señalado la doctrina, la protección a la vida privada no implica un derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual, sino que simplemente supone el reconocimiento del derecho a la vida privada, marcando límites estrictos a la capacidad de injerencia del Estado en el ámbito de libertad del ciudadano. Así pues, en el caso *Dudgeon* no se aborda el tema desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, cuestión que hubiese requerido un análisis desde la perspectiva del artículo 14 del Convenio, según el cual «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Dessa forma, o Tribunal determinou que a lei que criminaliza atos homossexuais masculinos na Irlanda do Norte era uma interferência injustificável na vida privada. O órgão declarou que a hostilidade baseada em princípios morais contra atos homossexuais masculinos não era motivo suficiente para justificar a proibição, uma vez que a tolerância e a liberalidade são características de uma sociedade democrática que merecem a consideração do tribunal.

Por sua vez, no caso *Salgueiro da Silva Mouta C. Portugal*⁹⁷, queixa nº 33290/96, acórdão de 21 de dezembro de 1999, o Tribunal decidiu que a autoridade judicial portuguesa havia violado o direito ao respeito à vida privada do demandante (art. 8º. 1ª da Convenção Europeia de Direitos Humanos), outorgando a custódia de uma filha à mãe e não a ele, argumentada a homossexualidade do pai demandante. O acórdão considera que a decisão apelada pode ser considerada um caso de discriminação por orientação sexual do demandante, que deve ser entendida dentre as hipóteses de discriminação não expressamente enumeradas na lista aberta do art.14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Com relação à discriminação por orientação sexual nos serviços militares, o Tribunal sustentou que a interdição de homossexuais ao militarismo era ofensiva ao Artigo 8 da CEDH (*Lustig-Prean e Beckett v. Reino Unido*, 2000⁹⁸). Também em 2000, a Corte deliberou que, se

⁹⁷Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitoshumanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q33290_96.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2009.

⁹⁸**Guia Britânico Sobre Lésbicas, Gays, Bissexuais Transgêneros e seus Direitos.** Ministério das Relações Exteriores do Reino Unido (FCO).Disponível em:< <http://ukinbrazil.fco.gov.uk/resources/pt/pdf/guia-lgbt>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

por convicção, um homem mantiver relações sexuais grupais em privacidade, a ação repressiva do Estado está violando a Convenção (*A.D.T. v. Reino Unido*)⁹⁹.

Entretanto, é interessante observar que, a visão da Corte sobre a aplicação da Convenção em questões da orientação sexual tem seus limites, como, por exemplo, a Corte ter julgado que práticas sadomasoquistas entre gays, mesmo em privacidade e consentidas entre adultos, podem ser consideradas ilegais em razão de saúde (*Laskey, Jaggard e Brown v. Reino Unido, 1997*)¹⁰⁰.

É importante também observar o polêmico caso *Fretté c. França*¹⁰¹, apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos em 1997 e julgado em 2002, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por 4 votos contra 3, que a discriminação fundada na orientação sexual no domínio da adoção por parte de pessoas não unidas pelo casamento não viola o artigo 14º (proibição da discriminação), conjugado com o artigo 8.º (respeito pela vida privada) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O Sr. Fretté solicitou, em 1991, uma decisão prévia quanto à sua idoneidade para adotar uma criança (um “agrément” ou “aprovação prévia”). Isso implicou a elaboração de um relatório sobre a sua situação familiar, conduzido por assistentes sociais, e a realização de entrevistas com um psiquiatra e um psicólogo. Ele revelou que era gay na sua primeira entrevista e foi vivamente aconselhado a não insistir na sua pretensão. Os relatórios que foram então elaborados eram-lhe largamente favoráveis, e concluíam que uma criança seria provavelmente feliz com ele. Entretanto surgia a questão, a sua situação de homem solteiro e homossexual permite confiar-lhe uma criança? Em 1993, o requerimento que apresentou foi rejeitado, inicialmente com fundamento na falta de uma “representação maternal” no entorno familiar e a sua falta de planos concretos para fazer face às alterações que a adoção de uma criança necessariamente traria à sua vida. A última razão que foi invocada foi a sua “escolha de vida” ou “estilo de vida”.

O recurso que tentou para o Tribunal Administrativo de Paris foi objeto de decisão favorável, mas esta acabou por ser revogada em 1996 pelo *Conseil d'État* ou Conselho de

⁹⁹ Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701>. Acesso em: 11 nov. 2009.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5120/h06/undervisningsmateriale/Laskey_v_United_Kingdom.doc>. Acesso em: 11 nov. 2009

¹⁰¹ Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Secção 3ª). caso **Fretté contra França**. Sentença de 26 fevereiro de 2002. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37994325&skin=hudoc-en&action=request>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

Estado (o Tribunal Administrativo de última instância na França), que se referiu expressamente às suas “condições de vida”.

A secção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, composta por sete juízes, dividiu-se em 3-1-3. Os Juízes Bratza (Reino Unido), Fuhrmann (Áustria) e Tulkens (Bélgica), assinaram um vigoroso voto de vencido, defendendo que (i) o artigo 14.º é aplicável à discriminação fundada na orientação sexual no domínio da adoção uma vez que afeta suficientemente a “vida privada” de uma pessoa, e (ii) que a diferença de tratamento fundada na orientação sexual não tem qualquer justificação objetiva e razoável e constitui, por isso, “discriminação”, violando o artigo 14.º (conjugado com o artigo 8.º). O Juiz Kuris (Lituânia) manifestou o seu acordo quanto à primeira das conclusões mencionadas (o que levou a uma decisão por 4 votos contra 3 no que toca à conclusão que o artigo 14.º se aplica à discriminação fundada na orientação sexual no domínio da adoção), mas divergiu quanto à segunda. Para ele, a diferença de tratamento tem uma justificação objetiva e razoável, não constituindo, portanto, “discriminação” e não violando, conseqüentemente, os artigos 14º e 8º. Os Juízes Costa (França), Jungwiert (República Checa), e Traja (Albânia) abstiveram-se, na prática, de tomar posição sobre a questão fundamental que foi suscitada neste caso (a admissibilidade da diferença de tratamento), ao decidirem: (i) que o artigo 14º não abrange todo o tipo de discriminação no domínio da adoção, porque nenhum outro direito da Convenção pode dizer-se suficientemente afetado, e (ii) que por isso mesmo era desnecessário decidir se a diferença de tratamento em causa no processo se devia considerar justificada ou não. Contudo, a sua posição conduziu ao mesmo resultado a que chegou o Juiz Kuris, o que permitiu alcançar uma maioria de 4 votos a favor da inexistência, no caso, de uma «violação». Devido ao fato de se terem formado duas maiorias entrecruzadas relativamente às questões colocadas pelo caso, parece que a decisão do Tribunal, que não é assinada, reflete a posição de quatro juízes quanto ao problema referido sob (i) (aplicabilidade do artigo 14.º) e a posição de apenas um juiz quanto à questão referida sob (ii) (legitimidade da diferença de tratamento fundada na orientação sexual). Curiosamente, o voto do Juiz Costa (que foi acompanhado pelos Juízes Jungwiert e Traja), rejeita, de forma inequívoca, o raciocínio da posição que fez vencimento e que supostamente os magistrados em causa terão votado.

Expressivamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos – considerada como sendo uma das mais progressistas do mundo nessa matéria – por quatro votos contra três julgou que a recusa do Estado francês não infringia os artigos 8 e 14 da Convenção Europeia. Em razão do caráter regressivo da decisão é interessante conhecer a opinião dissidente dos juízes BRATZA, FUHRMANN e TULKENS em relação ao caso:

En el contexto del derecho francés que autoriza a toda persona soltera, hombre o mujer, a formular una solicitud de adopción (artículo 343-1 del Código Civil), pensamos que el rechazo de la solicitud de aprobación, **basada únicamente en el motivo de su orientación sexual**, constituye una violación del artículo 14 del Convenio. Desde luego no se afirma expresamente que sea la homosexualidad del demandante la que ha fundado el rechazo de la aprobación solicitada pero se puede sin embargo admitir, visto el expediente, que es su «elección de vida» el verdadero motivo de dicho rechazo.¹⁰²

Não obstante, decisão inédita ocorreu no caso E.B c. França¹⁰³, em janeiro de 2008, quando fundamentado no artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – que proíbe a discriminação –, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou o Estado francês por ter recusado a possibilidade de adotar a uma mulher que vivia em união de fato lésbica e obriga-o a pagar uma indenização de 10 mil euros por danos morais. Foi uma decisão sem precedentes – nenhum dos 47 Estados fora até agora condenado por discriminação em função da orientação sexual num caso de adoção.

Neste caso, o tribunal considerou que a pretensão de adotar que a demandante, uma professora francesa de 45 anos, manifestou em 1998 nos serviços competentes do seu país, assumindo o fato de viver desde 1990 em união de fato com outra mulher (uma psicóloga), fora tratada de forma "diferente", e que essa diferença de tratamento se baseou exclusivamente em considerações sobre a sua orientação sexual, o que constitui uma discriminação à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos. As alegações dos serviços de adoção, depois assumidas pelos tribunais franceses e até pelo Conselho de Estado em 2002, de que a professora deveria ser excluída como candidata por "inexistência de referentes de identificação devido à ausência de uma imagem paternal de referência" e pela "natureza ambígua do compromisso da mulher com quem vivia em relação ao plano e adoção", foram consideradas como não sendo fundamento aceitável para a rejeição. Tanto mais que, como frisa o tribunal, a lei francesa admite a adoção por uma pessoa singular e portanto não faz sentido questionar a ausência de uma figura masculina, em se tratando de uma candidata, ou vice-versa.

"Seja como for, teriam de ser apresentadas razões muito convincentes e ponderosas para justificar tal diferença de tratamento", afirma o tribunal, concluindo: "e essas razões não

¹⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso **Fretté contra Francia**. Sentencia de 26 febrero 2002. Disponível em: <www.westlaw.es>. Acesso em: 24 nov. 2009.

¹⁰³ European Court of Human Rights. **Case of E.B. v. FRANCE** (*Application no. 43546/02*) JUDGMENT. STRASBOURG. 22 January 2008. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37883950&skin=hudoc-en&action=request>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

existem no caso presente porque a lei francesa admite a adoção por pessoas singulares, admitindo, portanto, a adoção por uma/um homossexual¹⁰⁴.

Esta decisão do Tribunal tem enorme efeito moral e cria jurisprudência que pode levar a efeitos legislativos. Com ele abre-se uma nova via para muitos casais para quem a adoção parecia impossível. Não obstante, a questão da autoridade parental é a mais difícil de resolver: se um homossexual conseguir adotar uma criança, o companheiro não tem autoridade parental sobre ela.

Neste contexto, afirma Presno Linera (2008):

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 22 de enero de 2008, en el asunto E. B. c. Francia, ha tenido una gran repercusión en los ámbitos jurídico y social, europeos y de otras latitudes. El interés suscitado se debe a que se trata de la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condena a uno de los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por discriminar, a causa de su orientación sexual, a una persona [...] Por si fuera poco, la resolución, como ya se ha apuntado, emana de la Gran Sala del Tribunal, cuyas resoluciones son siempre definitivas (artículo 44.1 del CEDH) y que llegó a conocer de este asunto con fundamento en el artículo 30 del Convenio [...] En el ámbito jurídico que es, obviamente, el que aquí interesa, la relevancia se acrecienta si se considera que existía un precedente -el caso Fretté c. Francia (TEDH 2002, 10), de 26 febrero de 2002- en el que se enjuició el rechazo, por razón de su homosexualidad, de la solicitud de acreditación para adoptar presentada por un ciudadano francés. En esa sentencia, la Sección Tercera del Tribunal concluyó por mayoría que si bien “la decisión cuestionada por el demandante se basaba de manera determinante en la homosexualidad... Sin embargo, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones en otros aspectos análogos, justifican una distinción de tratamiento jurídico...”

A la importancia de esta cuestión se suma el creciente número de Estados que reconocen a las personas solteras la posibilidad de ser adoptantes. También se ha incrementado la cantidad de Estados que contemplan la adopción por parejas del mismo sexo. Todo ello plantea problemas jurídicos diversos en diferentes sectores del ordenamiento, que escapan de las modestas pretensiones de estas páginas, donde únicamente se pretende realizar -y es obligado reconocer que con cierta premura- una primera aproximación centrada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación por razón de la orientación sexual, cuyo análisis resulta dificultado por una práctica a veces incoherente o, cuando menos, desconcertante.

Destarte, podemos perceber que, como ocorre no direito civil francês e entre outros, a adoção pode ser solicitada por uma pessoa a título individual, a partir da Sentença E.B. c. França, não está amparada por margem de apreciação nacional sua exclusão em razão de sua orientação sexual.

¹⁰⁴ European Court of Human Rights. **Case of E.B. v. FRANCE** (*Application no. 43546/02*) JUDGMENT. STRASBOURG.22 January 2008. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37883950&skin=hudoc-en&action=request>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

Ademais, os Estados membros da CEDH, visando favorecer o interesse superior do menor necessitado de adoção, gozam de liberdade para regular essa instituição, mas uma vez regulada, se aplicam na de maneira discriminatória estarão expostos à reprovação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como ocorreu no referido caso E.B. C. França.

Em uma tentativa de fazer a sua jurisprudência mais acessível, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos publica um relatório de dados a respeito de sua jurisprudência associada a uma série de tópicos. A novidade é que passou a incluir a partir de 2010, dentre esses tópicos, os "direitos homossexuais" e "homossexualidade: aspectos criminais"¹⁰⁵.

Por outra parte, conforme já citado anteriormente, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de agora em diante (TJCE), remonta ao primeiro dos tratados da UE, o Tratado CECA de 1952, e está sediado em Luxemburgo. Tem como missão garantir a interpretação e a aplicação uniformes da legislação da UE em todos os Estados-Membros, a fim de que a lei seja a mesma para todos.

Nesta linha, garante, por exemplo, que os tribunais nacionais não decidam de forma diferente sobre a mesma questão. O TJCE também assegura o cumprimento da legislação por parte dos Estados-Membro se das instituições da UE. É competente para se pronunciar sobre os litígios entre Estados membros, instituições da UE, bem como pessoas singulares e coletivas. É composto por um juiz de cada, a fim de que os 27 sistemas jurídicos dos Estados membros da UE estejam representados¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Neste sentido ver European Court of Human Rights Factsheets by theme on the Court's case-law and pending cases: Homosexual Rights; Homosexuality: criminal aspects. disponível em: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>>. Acesso em: 24 out. 2010.

¹⁰⁶ No entanto, é interessante observar que, por razões de eficiência, o TJCE raramente se reúne em sessão plenária. Reúne por via de regra em "Grande Secção", composta apenas por 13 juízes, ou em secções de três ou cinco juízes. É assistido por oito advogados-gerais, aos quais incumbe apresentar, publicamente e com imparcialidade, pareceres sobre os processos submetidos ao Tribunal. Os juízes e os advogados-gerais oferecem todas as garantias de imparcialidade. Dispõem das qualificações ou das competências necessárias para ocupar os mais altos cargos judiciais nos respectivos países de origem. São nomeados para o Tribunal de Justiça de comum acordo pelos governos dos Estados-Membros, por um período de seis anos que pode ser renovado.

A fim de ajudar o Tribunal de Justiça a fazer face ao elevado número de processos que lhe são submetidos e de proporcionar aos cidadãos uma proteção jurídica mais eficaz, foi criado em 1988 um Tribunal de Primeira Instância. Este tribunal (que está associado ao Tribunal de Justiça) tem competência para proferir acórdãos em certas categorias de processos, em especial ações intentadas por particulares, empresas e algumas organizações, ou processos relacionados com o direito da concorrência. Este tribunal dispõe também de um juiz por cada Estado membro.

O Tribunal da Função Pública da União Europeia, por seu turno, doibera em litígios entre a União Europeia e os seus funcionários e agentes. É composto por sete juízes e depende do Tribunal de Primeira Instância. Tanto o Tribunal de Justiça como o Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal da Função Pública têm um presidente designado pelos juízes respectivos por um período de três anos que pode ser renovado. O TJCE pronuncia-se sobre os processos que são submetidos à sua apreciação. Os cinco tipos de processos mais comuns são os seguintes: reenvio prejudicial; ação por incumprimento; recurso de anulação; ação por omissão e ação de indenização.

Assim, considerando que o TJCE em vários de seus pronunciamentos, também tem se ocupado do princípio da igualdade e da não discriminação. Nos casos a seguir, analisaremos a postura do referido órgão em relação ao tema.

No caso *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*¹⁰⁷, que foi levado perante o TJCE, solicitando deste que se pronunciasse sobre uma questão prejudicial acerca da interpretação do artigo 119 do Tratado da CE, relativo à aproximação das legislações dos Estados-Membros que se referem à aplicação do princípio de igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras, e da Diretiva 76/207/CEE¹⁰⁸ do Conselho, relativa à aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, à formação e à promoção profissional e às condições de trabalho. A questão que se fazia versava sobre uma normativa empresarial que previa a concessão de uma redução no preço do transporte em favor do cônjuge do trabalhador ou da pessoa, de *outro sexo*, com a qual convivia maritalmente. Assim, solicitava-se que se pronunciasse o Tribunal, em determinar se esta normativa e, em particular, a decisão empresarial de denegar tal vantagem econômica em favor de pessoa do mesmo sexo com a qual o trabalhador mantém uma relação estável, constituía uma discriminação proibida pelo direito comunitário. O Pleno do Tribunal, em sentença de 17 de fevereiro de 1988, entendeu que a referida norma não constituía uma discriminação diretamente baseada no sexo e isso na medida em que a condição estabelecida se aplicava de igual modo a trabalhadores e trabalhadoras, exigindo, tanto a um como a outro, que a pessoa com a qual conviva pertença a um sexo distinto. Acrescentava, ademais, que a proibição de discriminação do artigo 119 do Tratado não se aplicava às diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual. Não obstante, o mesmo Tribunal advertia que a

Os processos são inscritos no registro da Secretaria do Tribunal. Para cada processo são nomeados um juiz-relator e um advogado-geral. A tramitação processual no Tribunal desenrola-se em duas fases: uma fase escrita e uma fase oral. Na primeira fase, todas as partes envolvidas apresentam alegações escritas e o juiz-relator elabora um relatório que resume as alegações e o enquadramento jurídico do processo. Inicia-se então a segunda fase: a audiência pública. Consoante a importância e a complexidade do processo, pode realizar-se em secções de três, cinco ou treze juízes, ou na presença de todo o Tribunal. Na audiência, os advogados das partes apresentam as suas alegações aos juízes e ao advogado-geral, que podem colocar as perguntas que entenderem pertinentes. Posteriormente, o advogado-geral apresenta as suas conclusões ao Tribunal, após o que os juízes doíberam e proferem um acórdão, que pode não seguir necessariamente as conclusões do advogado-geral. Os acórdãos do Tribunal são decididos por maioria e pronunciados em audiência pública. Os votos contra não são divulgados.

¹⁰⁷ **Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd**, Case C-249/96 [1998] ECR I-621. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0249:EN:HTML>>. Acesso em: 24 nov. 2009

¹⁰⁸ **Diretiva 76/207/CEE** do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:EN:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

entrada em vigor do Tratado de Amsterdam permitiria ao Conselho adotar diversas medidas dirigidas a suprimir a discriminação baseada, dentre outras causas, na orientação sexual. Em consequência, o Tribunal declarou que a negativa empresarial em conceder uma redução no preço do transporte em favor de pessoa do mesmo sexo com a qual o trabalhador mantinha uma relação estável não constituía uma discriminação proibida pelo citado artigo 119 do Tratado ou pela Diretiva 75/117/CEE¹⁰⁹.

É conveniente observar que, neste caso, a principal argumentação que impede a proteção a este tipo de situação, onde ocorre a convivência estável entre pessoas do mesmo sexo, ao contrário da outorgada às relações matrimoniais ou convivência de fato estável entre casais heterossexuais, fundamenta-se na impossibilidade de incluir a discriminação por orientação sexual na esfera da discriminação em razão de sexo. Toda a argumentação do TJCE gira em torno de que a discriminação em razão de sexo exige que o tratamento diferenciado encontre causa no sexo das pessoas tratadas desigualmente. No caso da sentença analisada, para a existência de tratamento discriminatório seria necessário que os benefícios de transporte reclamados pela Sra. Grant tivessem sido concedidos a trabalhadores do sexo masculino em convivência estável, o que não era o caso, uma vez que os referidos benefícios são negados igualmente a qualquer pessoa que conviva com parceiro do mesmo sexo.

Nota-se que o TJCE analisa exclusivamente se a conduta empresarial viola o artigo 119 do Tratado da CE e das Diretivas 75/117/CEE e 76/207/CEE, sem adentrar-se em outra ordem de valores, como por exemplo, se a conduta empresarial afetava a dignidade do trabalhador ou ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Ademais, parece que o Tribunal tampouco levou em conta a jurisprudência internacional consagrada no já anteriormente mencionado caso *Toonen v. Australia*, onde o Comitê de Direitos Humanos da ONU, interpretou as previsões antidiscriminatórias contidas na Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de forma a incluir a orientação sexual como um bem a ser protegido.

Com efeito, a partir da entrada em vigor dos já mencionados Tratado de Amsterdam e da Diretiva 2000/78 CE, surge uma luz para a mudança no posicionamento do TJCE em relação à discriminação por orientação sexual.

Neste contexto, e a respeito da sentença do já referido caso *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, afirma Chacartegui (2001, p. 54):

¹⁰⁹ **Diretiva 75/117/CEE** do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:PT:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

El hecho de que la STJCE de 17 de febrero de 1998 ya hiciese referencia a este precepto sin que todavía hubiese entrado en vigor el Tratado de Amsterdam, hace pensar que, de haber estado ya en vigor éste, la resolución del Tribunal hubiese sido diferente, en el sentido de considerar que la denegación, por parte del empresario, de una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede en favor del cónyuge del trabajador o de la persona de distinto sexo con la que mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, constituiría una discriminación contraria al espíritu del artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Por ello, tanto la entrada en vigor del Tratado como posteriormente la promulgación de la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, y de la Decisión del Consejo, de la misma fecha, por la que se establece el programa de acción comunitario (2001-2006) ha sido el punto de inflexión, no sólo para los Estados miembros sino también para la jurisprudencia europea, en la apertura de un importante camino en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual.

Já no caso *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, acórdão de 1 abril de 2008, foi decidido pelo TJCE um pedido de decisão prejudicial sobre a possibilidade de tratar os parceiros de uma união de fato registrada de caráter homossexual da mesma forma que os cônjuges de um casamento heterossexual, no que diz respeito ao direito à pensão de sobrevivência ao abrigo de um regime profissional de inscrição obrigatória.

Vale ressaltar que, a partir da importante Sentença *Barber*¹¹⁰, de 17 de maio de 1990, as pensões concedidas ao abrigo de um regime profissional devem ser consideradas “remuneração” na acepção do artigo 141.º do Tratado CE e, por conseguinte devem, estar abrangidas pela legislação comunitária relativa à não discriminação (no caso presente, a Diretiva 2000/78/CE), embora as questões relativas ao casamento e às uniões de fato registradas continuem a depender da legislação nacional.

Neste contexto, no caso *Maruko* o Tribunal deliberou que as disposições da Diretiva 2000/78 se opõem à legislação por força da qual, após a morte do seu parceiro, o parceiro sobrevivente não recebe uma prestação de sobrevivência equivalente à concedida a um cônjuge sobrevivente, apesar de, segundo o direito nacional, a união de fato colocar as pessoas do mesmo sexo numa situação comparável à dos cônjuges no que respeita à referida prestação de sobrevivência. O Tribunal acrescenta que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se um parceiro sobrevivente está numa situação comparável à de um cônjuge beneficiário da

¹¹⁰ A partir da data da Sentença *Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group* (caso C-262/88), em 17 de maio de 1990, para as pensões reconhecidas posteriormente à mesma, o efeito direto do artigo 119 é pleno e, por conseguinte, não caberá tratamento desigual entre trabalhadores e trabalhadoras. Disponível em: <<http://www.emplaw.co.uk/researchfreeredirector.aspx?StartPage=data%2f03400809.htm&PageTitle=EUROPEAN%20LAW%20%2F%20some%20important%20EU%20related%20cases%20%2F%20Barber%20case>>. Acesso em 27 nov. 2009.

prestação de sobrevivência prevista pelo regime sócio-profissional de pensões gerido pela entidade em causa.

Assim declarou o TJCE (Grande Secção):

- 1) Uma prestação de sobrevivência concedida no âmbito de um regime sócio-profissional de pensões como o gerido pela Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.
- 2) As disposições conjugadas dos artigos 1.º e 2.º da Diretiva 2000/78 opõem-se a uma legislação como a que está em causa no processo principal, por força da qual, após a morte do seu parceiro, o parceiro sobrevivente não recebe uma prestação de sobrevivência equivalente à concedida a um cônjuge sobrevivente, apesar de, segundo o direito nacional, a união de fato colocar as pessoas do mesmo sexo numa situação comparável à dos cônjuges no que respeita à referida prestação de sobrevivência. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se um parceiro sobrevivente está numa situação comparável à de um cônjuge beneficiário da prestação de sobrevivência prevista pelo regime socioprofissional de pensões gerido pela Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

Cabe-nos afirmar que esta decisão pode ajudar a alinhar os diferentes níveis de parcerias civis e casamentos na União Europeia. Com exceção de alguns países, como França e Áustria, a decisão irá afetar os direitos dos casais do mesmo sexo, na maioria dos países da UE, principalmente os países que tratam a união civil de casais gays à semelhança do casamento, tal como no Reino Unido, mas que não terá o mesmo efeito na França ou em Luxemburgo, onde as uniões gays não são vistas como sendo iguais ao casamento, ou na Áustria, onde o casamento apenas entre um homem e uma mulher é reconhecido legalmente.

É significativo ainda observar que a proibição de discriminação em razão da orientação sexual foi um aspecto inovador para quase todos os Estados-Membros, que tiveram de assegurar pela primeira vez uma proteção jurídica neste domínio. A discriminação fundamentada na orientação sexual encontra-se hoje proibida em todos os Estados-membros.

Na maioria destes Estados, os casos de discriminação em razão da orientação sexual processados judicialmente são raros ou inexistentes. O fato de se tratar de um novo domínio jurídico na maioria dos Estados-Membros pode explicar esta situação. Outra justificação poderá ser a relutância por parte dos queixosos em tornar pública a sua orientação sexual, num contexto onde esta forma de discriminação, para muitos europeus, ainda se encontra generalizada e é considerada uma questão tabu¹¹¹.

¹¹¹ **Comissão das Comunidades Europeias.** Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Económico e Social europeu e ao Comitê das Regiões. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihmlang=pt&lng1=pt,lv&lng2=bg,cs,da,el,es,et,fi,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=474212:cs&page=>>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

Observamos que na Europa, nem todos se sentem iguais. Um em cada seis europeus diz ter sido alvo de discriminação no último ano. Os números são da pesquisa Eurobarómetro, divulgada em novembro de 2009¹¹².

No atual contexto econômico, 64% dos europeus temem ver aumentar as discriminações ligadas à idade no mercado de trabalho. No ano passado, eram 58 por cento.

Mas a origem étnica continua a ser a principal razão de discriminação, segundo 61% dos europeus. Enquanto 58% considera que a idade é fator discriminatório, contra 42% no ano passado. Segue-se a deficiência com 53%, mais oito por cento do que em 2008. Surgem depois a orientação sexual, o sexo, que subiu quatro por cento, e a religião.

Claire Herrmann, da Comissão Europeia, recorda que “no contexto da crise económica, vê-se que as pessoas interrogadas têm medo que a discriminação com base na idade aumente fortemente. Pensa-se nas pessoas idosas, mas é preciso pensar também nos jovens que não conseguem entrar no mercado do trabalho, que nem sequer são convidados para uma entrevista de emprego”¹¹³.

Os cidadãos europeus também têm receios e temem que a crise económica leve os governos a reduzirem as políticas a favor da igualdade e da diversidade. Um receio fundado no corte, realizado em vários países, das verbas destinadas a organismos que lutam contra a discriminação.

Com efeito, cabe ainda ressaltar a importância do Tratado de Lisboa, que foi acordado em 2007, e que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009. Este Tratado confere à União Europeia instituições modernas e métodos de trabalho eficientes que lhe permitirão dar uma resposta efetiva aos desafios atuais¹¹⁴.

¹¹² **Report Eurobarometer:** Discrimination in the EU in 2009.November, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2009.

¹¹³ Disponível em : <<http://pt.euronews.net/2009/11/09/idade-e-deficiencia-principais-factores-de-discriminacao-na-europa/>> . Acesso em: 21 nov. 2009.

¹¹⁴ O Tratado de Lisboa é o fruto de negociações entre Estados-Membros, reunidos em Conferência Intergovernamental. A Comissão Europeia e o Parlamento Europeu participaram nos trabalhos da Conferência Intergovernamental e o Tratado foi ratificado por cada um dos 27 Estados-Membros. Coube a estes últimos, de acordo com as respectivas regras constitucionais, escolher o processo de ratificação.

O Tratado de Lisboa altera, sem os substituir, os tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia atualmente em vigor. O Tratado confere à União o quadro jurídico e os instrumentos necessários para fazer face a desafios futuros e responder às expectativas dos cidadãos. Em síntese, este tratado tem como objetivos:

1. **Uma Europa mais democrática e transparente**, com um papel reforçado para o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais, mais oportunidades para que os cidadãos façam ouvir a sua voz e uma definição mais clara de quem faz o quê aos níveis europeu e nacional.

2. **Uma Europa mais eficiente**, com regras de votação e métodos de trabalho simplificados, instituições modernas e um funcionamento mais racional adaptados a uma União Europeia com 27 Estados-Membros e maior capacidade de intervenção nas áreas prioritárias de hoje.

Portanto, diante do aqui exposto, fica patente que a Europa tem manifestado uma preocupação constante e comprometida em relação às questões relacionadas à discriminação em razão de orientação sexual.

Não obstante, também percebemos que ainda há muito por fazer, principalmente quando a discriminação por orientação sexual é considerada como uma das principais formas de discriminação em alguns Estados¹¹⁵, ou ainda quando existem Estados que restringem o direito de reunião e associação, como foram reprimidas na Rússia, em maio de 2009, manifestações pacíficas do orgulho LGBT¹¹⁶.

3. Uma Europa de direitos e valores, liberdade, solidariedade e segurança, com a defesa dos valores da União, a introdução da Carta dos Direitos Fundamentais no direito primário europeu, a criação de novos mecanismos de solidariedade e a garantia de uma melhor proteção para os cidadãos europeus.

4. A Europa que assuma maior protagonismo na cena mundial através da articulação dos diferentes instrumentos de política externa da União, tanto na elaboração como na adoção de novas políticas. O Tratado de Lisboa permite à Europa assumir uma posição clara nas relações com os seus parceiros e tirar maior partido das suas vantagens econômicas, humanitárias, políticas e diplomáticas a fim de promover os interesses e valores europeus em todo o mundo, no respeito pelos interesses individuais dos Estados-Membros em matéria de política externa. Disponível em: <http://europa.eu/lisbon_treaty/take/index_pt.htm>. Acesso em: 15 ago. 2010.

¹¹⁵ Conforme demonstrado na pesquisa Eurobarómetro 2009, a orientação sexual é apontada pelos portugueses como a principal causa de discriminação em Portugal, enquanto na média dos 27 países da União Europeia aparece em 4.º lugar. Os dados são do Eurobarómetro sobre discriminação na UE.

De acordo com os resultados, os países mediterrâneos são aqueles onde a discriminação pela orientação sexual é mais forte: à frente de Portugal estão apenas Chipre, Grécia, Itália e França. Em contrapartida, os países que mais recentemente aderiram à UE parecem ser os mais tolerantes: Bulgária, República Checa, Eslováquia e Estónia são os países onde as percentagens são mais baixas.

Segundo as conclusões do Eurobarómetro, ter um círculo de amigos diversificado, contacto com minorias e uma educação superior são razões que levam os cidadãos a estarem mais alerta e a não terem comportamentos discriminatórios. No caso de Portugal, a percentagem de pessoas que admite conhecer ou relacionar-se com homossexuais é bastante inferior à média Europeia: 21 contra 38%. Em contrapartida, a percentagem de portugueses que se relaciona com pessoas de outras crenças ou religiões, que tem amigos de outras origens ou com algum tipo de incapacidade está dentro da média Europeia. **Report Eurobarometer** :Discrimination in the EU in 2009. November, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2009.

¹¹⁶ A polícia russa interrompeu uma passeata gay em Moscovo em maio de 2009, marcada para coincidir com a final do festival de música Eurovision Song Contest a ser realizada na cidade. Dezenas de ativistas haviam se reunido perto de uma universidade desafiando a proibição, e alguns deles foram arrastados pela polícia quando tentaram gritar palavras de ordem. O ativista pelos direitos gays britânico Peter Tatchell estava entre os detidos. Mais cedo, a polícia permitiu a passagem de uma manifestação contrária, liderada por grupos religiosos e nacionalistas. Os grupos de defesa dos direitos gays estavam levantando bandeiras e cantando palavras de ordem, exigindo direitos iguais e criticando o tratamento dispensado aos homossexuais na Rússia. Ao ser levado pela polícia, o ativista Tatchell gritou: "Isso mostra que as pessoas russas não são livres!".

Homossexuais sofrem ataques constantes no país, e ainda há o risco de ser demitido do emprego e desprezado por suas famílias. O prefeito de Moscovo, Yuri Luzhkov, descreveu passeatas gays como coisas "satânicas". Grupos de ativistas contra os direitos gays haviam ameaçado tomar as rédeas, caso a polícia não conseguisse interromper a marcha. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/05/090516_gays_moscou_ba.shtml>. Acesso em: 15 maio 2009.

Neste sentido ver European Court of Human Rights Pending cases: **Alekseyev v. Russia (no. 4916/07, 25924/08 and 14599/09) - statement of facts** (Prohibition of several Gay Pride parades in Moscow) and **Genderdoc-M v. Moldova (no. 9106/06) - statement of facts** (Refusal of permission to hold a march in Chişinău). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>. Acesso em: 25 out. 2010.

Por fim, concordamos plenamente, e por isso aqui destacamos as palavras de Montero González (2007), quando a respeito do direito do coletivo LGBT na Europa, assim afirma:

Europa es lo más parecido a ese lugar del que Dorothy, en “El mago de Oz”, se preguntaba qué habría más allá del Arco Iris; y la canción decía que allá los cielos son azules y los sueños que te atreves a soñar se pueden hacer realidad. Bueno, pues parece que en este final del Arco Iris provisional que es Europa, lo único que podemos seguir haciendo es seguir soñando.

Y, pese a la imagen pesimista que se pueda derivar, creo que soñar ya es mucho. Sobre todo es mucho si lo comparamos con lo que se puede hacer en otros lugares del mundo.

1.3 O POSICIONAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E DO MERCOSUL EM RELAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma das mais antigas organizações regionais do mundo, remontando à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890. Nessa reunião, foi aprovado o estabelecimento da União Internacional das Repúblicas Americanas. A Carta da OEA foi assinada em Bogotá em 1948 e entrou em vigor em dezembro de 1951. Em seguida, a Carta foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, que foi assinado em 1967 e entrou em vigor em fevereiro de 1970; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, que foi assinado em 1985 e entrou em vigor em novembro de 1988; pelo Protocolo de Manágua, que foi assinado em 1993 e entrou em vigor em 29 de janeiro de 1996; e pelo Protocolo de Washington, que foi assinado em 1992 e entrou em vigor em 25 de setembro de 1997. Atualmente, a OEA tem 35 Estados membros. Ademais, a Organização concedeu o status de observador permanente a 62 Estados e à União Europeia.

Com efeito, a OEA é o principal foro multilateral das Américas para o fortalecimento da democracia, promoção dos direitos humanos e luta contra problemas comuns como a pobreza, terrorismo, drogas e a corrupção.

O sistema interamericano se baseia fundamentalmente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também

denominada Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em 1969 na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos realizada em São José da Costa Rica¹¹⁷.

Assim como as demais Declarações, a Americana não detinha o mesmo caráter vinculante que detêm os Tratados. Porém, entende-se que a Declaração passou a ter caráter normativo no momento em que foi criada, por Resolução pela Organização dos Estados Americanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual prevê, em seu Estatuto, que no caso de direitos humanos a Comissão deveria ater-se aos termos da Declaração Americana.

A Declaração dispõe em seu Preâmbulo que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros”.

Neste diapasão, dispõe o artigo II da mesma Declaração: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”.

Por outra parte, a Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento de maior importância no sistema interamericano.

Segundo Piovesan (2007, p. 235-236):

[...] Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Importante também lembrar que em razão desse rol de direitos previstos na Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar

¹¹⁷ Observe-se que agora também se baseia na Carta Democrática Interamericana, aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001, durante a Assembléia Geral Extraordinária da OEA em Lima, Peru.

Em seu artigo 3º, a Carta dispõe que: “São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos”. Disponível em: <http://www.oas.org/charter/docs_pt/carta_pt.htm>. Acesso em: 10 dez. 2009.

todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Em seu artigo 1.1, dispõe que “os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. E acrescenta no item 2 que “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Já no artigo 24 da Convenção, estabelece-se o princípio da igualdade perante a lei e não discriminação, dispondo que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

Ademais, a Convenção institui um sistema de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Esse sistema é integrado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.

Entretanto, o que podemos observar é que nestes documentos fundamentais, o princípio da igualdade e não discriminação são expostos de maneira muito genérica, sem mencionar causas concretas.

Ao contrário do sistema regional europeu de direitos humanos, que assegura o acesso direto de qualquer indivíduo à Corte Europeia de Direitos Humanos, no sistema interamericano apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a Comissão funciona como uma espécie de “filtro”, que decide quais casos serão submetidos à Corte.

São atribuições da Comissão: preparar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos países americanos e investigar denúncias de violações de direitos humanos, previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (que se aplica a todos os países membros da Organização dos Estados Americanos) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (que se aplica apenas aos Estados que a ratificaram). A aceitação da jurisdição da Corte Interamericana é opcional, até mesmo para os países membros da Convenção Americana. Assim, só os países que ratificaram a Convenção e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana podem ser julgados perante a Corte por violações de direitos humanos.

Neste lastro, é importante ressaltar que no Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2006, apontava-se que a desigualdade continua sendo o eixo central do diagnóstico sobre a vigência dos direitos humanos na região. Entretanto, não é uma questão que ocupe um espaço de destaque nas políticas públicas dos Estados. Apesar de nos últimos

anos ter ocorrido uma recuperação econômica e, em alguns países, os indicadores de pobreza e indignidade terem sido reduzidos, continuam existindo milhões de pessoas que confrontam problemas de desemprego estrutural, marginalização social e inacessibilidade aos serviços sociais básicos. Tampouco, houve mudança na situação de desigualdade fática e jurídica que afeta às mulheres, assim como aos grupos tradicionalmente discriminados, como os povos indígenas, os afrodescendentes e homossexuais¹¹⁸.

Vale destacar também que em 23 de julho de 2008, foi admitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos o primeiro caso relativo a violações dos direitos humanos baseadas na orientação sexual. Este caso trata da situação de Jacqueline Karen Atala Riffo, uma cidadã chilena, advogada e juíza da República, a quem foi negada a tutela de suas filhas em razão de sua orientação sexual.

Em janeiro de 2003, o ex-cônjuge e pai das meninas apresentou um pedido de tutela preventiva no Tribunal de Menores de Villarrica no Chile, mencionando a inadequação da Sra. Atala para cuidar de suas filhas. O tribunal rejeitou a petição, e o pai recorreu da sentença. Em recurso, a Corte de Apelações de Temuco, por despacho datado de 30 de Março de 2004, confirmou a decisão de primeira instância, prestação de cuidados das meninas com a Sra. Atala, que não apresentavam qualquer inidoneidade.

O recorrente, então decidiu interpor recurso extraordinário e reclamação disciplinar junto à Corte Suprema do Chile, solicitando a revogação da decisão da segunda instância e punição dos três juízes da Corte de Apelações de Temuco por terem se engajado em "má conduta ou abuso graves" na emissão de uma ordem judicial. O Supremo Tribunal deu provimento ao recurso de 31 de Maio de 2004, transferindo a tutela aos cuidados do pai das crianças, acreditando que a mãe constitui um risco para suas filhas, por não querer esconder seu lesbianismo.

Em 24 de Novembro de 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (o "Inter-American Commission" ou "CIDH") recebeu uma denúncia de responsabilidade internacional do Estado chileno pelas violações cometidas por uma decisão do Supremo Tribunal Justiça que revogou a custódia da Sra. Karen Atala de suas três filhas (5, 6 e 10 anos), com base unicamente em preconceitos discriminatórios em virtude de sua orientação sexual. A petição foi apresentada pela Sra. Karen Atala, representada pelos advogados Undurraga Veronica Valdes, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales e Domingo Lovera Parmo, como também pela institución de Las Libertades Públicas, Asociación

¹¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual 2006. Capítulo I, ítem 5. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap1.2006.sp.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

Gremial, Clínica de Acciones de Interés Público da Universidade Diego Portales e pela Fundación Ideas.

Os peticionários em nome da Sr^a Atala argumentam que os eventos constituem uma violação dos seguintes direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos contra a Sra. Karen Atala e suas três filhas: o direito à integridade pessoal (artigo 5.1), o direito a um julgamento justo (artigo 8), à proteção da honra e da dignidade humana (artigo 11,1), à proteção da privacidade (artigo 11,2), à proteção da família (artigos 17,1 e 17,4); direitos da criança (artigo 19), à igualdade perante a lei (artigo 24) e o direito à proteção judicial (artigo 25), conjuntamente com a violação da obrigação de respeitar os direitos e tomar medidas consagrados nos artigos 1 (1) e 2 da Convenção Americana e os artigos 2, 5, 9 (pontos 2 e 3), 12 e 16 do Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Além disso, os peticionários argumentam que todos os recursos internos foram esgotados pela decisão da Corte Suprema do Chile, que no ato discriminatório e arbitrário tirou da Sra. Atala a guarda permanente de suas três filhas em razão de sua orientação sexual.

O Estado, entretanto, solicitou que a petição fosse declarada inadmissível, argumentando que a decisão baseou-se no melhor interesse das crianças e de acordo com "os elementos de convicção alegados no julgamento, pelo comportamento da mãe vivendo maritalmente com uma pessoa do mesmo sexo e com quem pretendia criar suas filhas, o que foi considerado inadequado para a formação e arriscado para o desenvolvimento das crianças no contexto atual da sociedade chilena". Além disso, o Estado reiterou que os recursos internos não foram totalmente esgotados porque a Sr^a. Atala poderia apresentar um novo pedido de custódia de suas filhas ao abrigo da legislação chilena¹¹⁹.

Sem prejudicar o mérito, a Comissão concluiu que os peticionários esgotaram devidamente todos os recursos de que dispunham no sistema legal do Chile, e portanto, suas denúncias perante a Comissão não estão impedidas de consideração pelo requisito do

¹¹⁹ Neste sentido, observe-se que o artigo 46(1)(a) da Convenção Americana estabelece que para que uma petição possa ser admitida, requerer-se-á que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos. Ademais, o inciso 2 do referido artigo da Convenção estabelece três hipóteses em que não se aplica a regra do esgotamento dos recursos internos: não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Cf. sobre a regra do esgotamento dos recursos internos no direito internacional: BEZERRA, Ricardo dos Santos. **O Esgotamento dos Recursos Internos no Direito Internacional**. Revista virtual Datavenia. Ano V – maio – 2001- Nº 46. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/oesgotamentodosrecursosinternosnodireitointernacional.html>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

esgotamento dos recursos previsto no artigo 46(1)(a) de la Convención Americana. Portanto, a Comissão decidiu notificar a decisão às partes e continuar com a análise de fundo sobre a alegada violação do (1) artigos 8, 11 (2), 17 (1), 24 e 25 da Convención Americana, todos em consonância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos previstos nos artigos 1.1 e 2 do instrumento internacional, em detrimento da Sra. Atala e suas filhas, e à suposta violação dos direitos da criança protegida pelos artigos 19 e 17.4 da Convención, em conexão com o artigo 1 (1) deste instrumento, em relação às filhas da Sra. Karen Atala. O Comitê decidiu também publicar e incluí-lo em seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA.

Finalmente em agosto de 2008, a Comissão após analisar detalhadamente o caso, concluiu que tem competência para conhecer o mérito da questão e declarou admissível a petição no que diz respeito à suposta violação por parte do Chile dos artigos 8(1), 11(2), 17(1), 24 y 25 da Convención Americana sobre Derechos Humanos, em consonância com os artigos 1(1) e 2 do referido instrumento, em prejuízo da Sra. Karen Atala e suas filhas; e a suposta violação dos direitos da criança protegidas pelos artigos 19 e 17(4), em conexão com o artigo 1(1), em relação ás filhas da Sra. Karen Atala.

Reiteramos que se trata de um caso pioneiro no sistema interamericano, pois é a primeira vez que a Comissão Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia em relação à tutela de filhos por mãe lésbica.

É interessante também, observar neste caso a posição adotada pela Suprema Corte chilena e posteriormente ratificada pelo Estado chileno em considerar que a orientação sexual de uma mãe é prejudicial para a formação dos filhos no contexto atual da sociedade chilena.

Obviamente, este é um discurso homóforo em que se tenta ocultar práticas discriminatórias, colocando os homossexuais como seres incapazes e suspeitos de ameaçar a coesão cultural e moral da sociedade.

Neste sentido, afirma Borrillo (2001, p. 38):

[...] se intenta colocar a los homosexuales bajo una especie de vigilancia protectora, tratándoles como inferiores: incapaces de realizar un proyecto conyugal o paterno, incapaces de transmitir su patrimonio libremente o incluso susceptibles de ser sometidos a terapias para obtener la custodia de sus hijos... En estos casos, la desigualdad de trato de la que son víctimas los (las) homosexuales se justifica por un mecanismo de dominación que consiste en ocultar las prácticas discriminatorias y en poner el acento en la idea de una “deficiencia estructural” de los dominados [...].

No que diz respeito à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹²⁰, esta também tem consagrado o princípio da igualdade e não discriminação, embora não especificamente em relação à orientação sexual, em seus pronunciamentos, como o fez na Opinião Consultiva OC-18/03, 17 de setembro de 2003, enfatizando que o princípio da igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no direito internacional como no interno; que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação forma parte do direito internacional geral, aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio do *jus cogens* e, está revestido de caráter imperativo, acarretando obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam a todos os Estados e geram efeitos em relação à terceiros, inclusive particulares¹²¹.

Vale destacar que na referida Opinião Consultiva, que constitui a análise mais elaborada da Corte Interamericana em matéria de discriminação, indicou-se que não são admissíveis os tratamentos discriminatórios contra qualquer pessoa por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política o de outra índole, origem nacional, étnico ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição.

Nesta Opinião, a Corte incluiu novas categorias proibidas de discriminação (convicção, origem étnica, nacionalidade, idade, patrimônio estado civil), sem explicar por que elas se qualificam como alguma “condição social” nos termos do ponto final dos artigos 1.1 da Convenção e artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, tratados estes que foi solicitada a interpretar, porque é legítimo incluir novos motivos dentro do catálogo existente.

¹²⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi estabelecida na própria Convenção. Somente em dezembro de 1998, o Brasil passou a aceitar a competência obrigatória da Corte. É composta de sete juízes, sendo que não pode haver mais de um juiz com a mesma nacionalidade. Os juízes da Corte têm mandatos de 6 (seis) anos e com direito a uma reeleição. O *quorum* para deliberação na Corte Interamericana de Direitos Humanos é de 5 (cinco) juízes.

A função consultiva estende-se automaticamente a todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos. Concerne à função consultiva a interpretação de normas da OEA e de outros tratados e também de interpretação da compatibilidade desses com as legislações internas dos Estados.

A função contenciosa não se estende automaticamente a todos os Estados-Membros da OEA, dependendo do depósito da carta de aceitação da jurisdição obrigatória por cada um dos Estados-Membros da Convenção.

Na Corte, ao contrário da Comissão, não ocorre o direito individual de petição, admitindo apenas denúncias de Estados, ou denúncias encaminhadas pela Comissão.

¹²¹ Cf.: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-18/03 DE 17 de septiembre de 2003. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2009.

Dentre as novas categorias incluídas se verificam razões de diferente lógica e entidade. No geral, considera-se que os fatores proibidos de discriminação tendem a fazer referência a motivos imutáveis ou impossíveis de modificação por vontade própria da pessoa (tais como a cor ou a raça) ou a fatores históricos associados a práticas discriminatórias de antiga data (por exemplo, a religião ou a origem nacional).

Não obstante, na ampliação do catálogo da Corte é difícil encontrar alguma explicação. Assim, ao passo que a origem étnica é imutável, o patrimônio não o é. Enquanto que a idade não pode modificar-se por própria vontade da pessoa, a nacionalidade em princípio, sim, poderia ser. Enquanto algumas das novas categorias incluídas pela Corte têm estado associadas a discriminações históricas, por exemplo a origem étnica, outras não estão vinculadas a esta discriminação tradicional, tal como o estado civil. Observamos que, infelizmente, os critérios utilizados pela Corte para aumentar o catálogo de proibições parecem ser desconhecidos.

Neste sentido, ressalta Dulitzky (2007):

En particular, para órganos internacionales que derivan su legitimidad del poder de convicción de sus decisiones, resulta imperativo que expliquen de manera detallada y transparente sus determinaciones, las lógicas de sus razonamientos, los motivos para apartarse de textos expresos y las implicaciones jurídicas que se derivan de la aplicación de distintos instrumentos jurídicos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en deuda con la comunidad hemisférica en dos sentidos. Por una parte, no ha explicado por qué puede apartarse del texto convencional para incluir nuevas categorías prohibidas de discriminación. Tampoco ha analizado o manifestado cuáles son las consecuencias de que una categoría esté expresamente incluida como prohibida y, en particular, si a ella se aplica un estándar de justificación más estricto en cada caso que se alegue una discriminación basada en ella.

A pesar de haber reconocido, en varias ocasiones, la relación intrínseca entre discriminación y estado de vulnerabilidad de diferentes grupos, la Corte aún no ha desarrollado estándares particularizados relativos a las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a ellos, cuyos derechos son violados precisamente por dicha pertenencia. Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No sólo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante.

Significativo também notar que atualmente se discute no âmbito da OEA, o anteprojeto de Convenção Interamericana contra o racismo e toda forma de discriminação e intolerância que inclui expressamente em seu texto a orientação sexual e identidade de gênero.

De acordo com o artigo 1, inciso 2 do anteprojeto, a discriminação é definida de seguinte forma:

- a) O termo “discriminação” significa qualquer distinção, exclusão, restrição [ou preferência] baseada em raça, cor, etnia, sexo, idade, [preferência – orientação sexual], idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição [infecto-contagiosa] estigmatizada, característica genética, deficiência, ou qualquer outra condição social que tenha por objetivo ou efeito anular [privar – restringir] o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano em condições de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública e privada.
- b) Medidas especiais de proteção. Entende-se como medida especial de proteção toda medida ou política especial de ação afirmativa, tomada pelo Estado ou por particulares, em prol dos direitos de indivíduos ou grupos discriminados em situação de vulnerabilidade, em qualquer esfera da atividade humana, seja privada ou pública, com o fim de promover condições equitativas de igualdade de oportunidades e de combater a discriminação em todas as suas manifestações sociais [estruturais] e institucionais. Tais medidas ou políticas especiais de ação afirmativa não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o objeto e o fim desta Convenção.
- c) Não constituem discriminação as medidas que favoreçam a inclusão ou integração e o adequado progresso de pessoas e grupos que requeiram a necessária proteção a fim de garantir-lhes, em condições de igualdade, o gozo ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, contanto que tais medidas ou políticas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos e que não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos. [Em circunstâncias específicas, tais medidas ou políticas não só são permissíveis, como indispensáveis e obrigatórias para garantir o direito à igualdade perante a Lei e a proteção contra a discriminação.

Ademais, no inciso 3 se prevê que “ocorre discriminação direta em todos os casos de tratamento diferenciado, em qualquer domínio da vida pública ou privada, baseado em algum dos critérios enunciados no artigo 1, inciso 2, a, que careça de um objetivo ou justificativa razoável. O tratamento carece de objetivo ou justificativa razoável caso não vise a um fim legítimo ou caso não exista vínculo razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo almejado”. Por outra parte, se produz a “discriminação indireta sempre que, em qualquer domínio da vida pública ou privada, [um fator aparentemente neutro,] como uma provisão, critério ou prática, não pode ser facilmente preenchido ou cumprido por pessoas pertencentes a um grupo específico definido com base em algum dos critérios enunciados no artigo 1, inciso 2, a, a menos que a mesma ressalva que consta na definição anterior sobre a proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo almejado aplique ao conceito de discriminação indireta”.

Em seguida no artigo 2, são detalhados todos os atos e manifestações de racismo, discriminação e intolerância.

Por sua vez, o artigo 3, dispõe que “todos os seres humanos têm direito a tratamento igualitário perante a lei e à proteção contra a discriminação baseada em algum dos critérios enunciados no artigo 1, inciso 2, a”.

No artigo 4, são enumerados uma série de direitos, dentre eles, o direito à identidade coletiva e individual, contidas no inciso XII. E no artigo 6 são detalhados os deveres dos Estados para proteger o princípio de não discriminação e demais direitos reconhecidos e detalhados no artigo 4.

O que chama a atenção neste anteprojeto é a definição de “projeto de vida”, constante do artigo 1, inciso 6 e que assim dispõe: “O sentido da expressão “projeto de vida” acha-se associado ao conceito de realização pessoal e às opções de que dispõe o ser humano para conduzir sua vida e alcançar o destino a que se propõe. Os seres humanos não gozam de plena liberdade se, em função de tratamento discriminatório, carecem de condições igualitárias para encaminhar sua existência. Para os efeitos desta Convenção, a restrição ou a anulação do projeto de vida de vítimas de racismo, discriminação e intolerância implica a redução objetiva de suas liberdades fundamentais, a perda de um valor existencial inerente à sua dignidade e a violação de seus direitos humanos”.

Por outra parte, um grande e histórico avanço para inclusão da orientação sexual e identidade de gênero no sistema interamericano, ocorreu em 2008, quando no marco da celebração dos 60 anos da carta da Organização dos Estados Americanos na 38ª Assembleia geral da OEA, foi aprovada por consenso a Resolução AG/RES-2435(XXXVIII-O/08) Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, apresentada pela delegação do Brasil¹²².

Esta resolução foi o resultado de intensa negociação e de uma impressionante mobilização diplomática, pela primeira vez na história do hemisfério as palavras orientação sexual e identidade de gênero constam em um documento consensuado pelos 34 países das Américas.

O texto reconhece a grave situação de violações aos Direitos Humanos que enfrentam as pessoas por causa da sua orientação sexual e identidade de gênero, coloca o Sistema Regional das Américas, como o segundo depois do europeu, em reconhecer a importância de

¹²² Cf.: **AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)**. Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Disponível em: <[http://search.oas.org/pt/default.aspx?k=Resolução%20AG/RES-2435\(XXXVIII-O/08&s=All+Sites\)](http://search.oas.org/pt/default.aspx?k=Resolução%20AG/RES-2435(XXXVIII-O/08&s=All+Sites)>. Acesso em: 13 dez. 2009.

manifestar um claro compromisso político por parte dos Estados-Membros e de assumir a realidade da exposição à violação dos Direitos Humanos confrontada pelas pessoas LGBT.

Trata-se de um documento sem precedentes na região, foi produto do consenso, inclusive dos países do Caribe inglês, cujas legislações criminalizam as relações sexuais entre pessoas adultas do mesmo sexo.

Destarte, a Resolução representa um passo a frente no processo do trabalho em torno do Projeto de Convenção Interamericana Contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância cuja negociação continuará avançando sobre um texto Anteprojeto que inclui a orientação sexual identidade e expressão de gênero enquanto categorias protegidas¹²³.

Estas conquistas são resultantes de um processo coletivo de trabalho, iniciado no fim de 2006 por várias organizações não governamentais como: Global Rights, Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos e IGLHRC (Comissão Internacional de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas) - Seção América Latina, que buscam fortalecer a participação enquanto sociedade civil, do Movimento Regional LGBTTI nos trabalhos da OEA¹²⁴.

Atentamos que, também no âmbito da OEA, com um orçamento acima de US\$ 4.2 milhões de dólares e o propósito de lutar contra o HIV e a homofobia, durante os anos de 2002 a 2005, a Organização Pan-Americana de Saúde¹²⁵ realizou quatro campanhas de comunicação massiva na Argentina, Brasil, Colômbia e México.

Ao contrário de campanhas anteriores, estas contaram com o respaldo dos respectivos governos; posicionaram a homofobia como um problema de direitos em relação com a saúde pública; questionaram a homofobia através dos meios de comunicação de massa e apresentaram pessoas/casais não heterossexuais a partir de uma visão não discriminatória; e aproveitaram a controvérsia criada sobre o tema para gerar um debate público, em alguns casos sem precedentes, entre a sociedade civil e o governo.

Ainda que nenhuma das campanhas tenham sido acompanhada de uma avaliação sistemática, seus organizadores identificaram alguns elementos que a seu modo de ver devem

¹²³ Cf.: Anteprojeto de Convenção Interamericana contra o racismo e toda forma de discriminação e intolerância. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=2&sTipo=D>. Acesso em: 11 dez. 2009.

¹²⁵ A Organização Pan-Americana da Saúde é um organismo internacional de saúde pública, dedicado a melhorar as condições de saúde dos países das Américas. Ela também atua como Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde para as Américas e faz parte dos sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

ser considerados como indícios de êxito. Segundo eles, as campanhas serviram para promover o debate visando a uma sociedade mais inclusiva¹²⁶.

Por fim, vale mencionar que no comunicado 78/09 relativo ao seu 137º período de sessões de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciou os desafios em matéria de direitos humanos na região e assim dispôs¹²⁷:

La CIDH observa que la desigualdad y la discriminación son graves problemas estructurales en el hemisferio, que constituyen importantes obstáculos para el respeto de los derechos humanos de todos los habitantes. La discriminación contra los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las mujeres, los pobres, los inmigrantes y diversos grupos sobre la base de su orientación sexual, entre otros, es un problema grave en todos los países de la región. La Comisión insta a los Estados a adoptar medidas urgentes a fin de avanzar en forma decidida en la prevención y el combate de todas las formas de discriminación, así como en la eliminación de la pobreza, en especial la pobreza extrema.

No tocante ao Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), esta organização é um vasto projeto de integração idealizado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Envolve dimensões econômicas, políticas e sociais, o que se pode inferir da diversidade de órgãos que ora o compõem, os quais cuidam de temas tão variados quanto agricultura familiar ou cinema, por exemplo. No aspecto econômico, o Mercosul assume, hoje, o caráter de União Aduaneira, mas seu fim último é constituir-se em verdadeiro Mercado Comum, seguindo os objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção, por meio do qual o bloco foi fundado, em 1991¹²⁸.

Em dezembro de 1994, foi aprovado um Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, através do qual foi estabelecida a estrutura institucional do Mercosul e o dota de personalidade jurídica internacional.

¹²⁶ Cf.: Organización Panamericana de la Salud. **Campañas contra la homofobia en Argentina, Brasil, Colombia y México**. Disponível em: <<http://www.paho.org/Spanish/AD/FCH/AI/homofobia.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

¹²⁷ Cf.: **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Anexo al Comunicado de Prensa 78/09. 137º período ordinario de sesiones del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/78_09spAN.htm>. Acesso em: 16 dez. 2009.

¹²⁸ Os Estados-Partes do Mercosul são Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A Venezuela é Estado Parte em processo de adesão e se tornará membro pleno quando estiver em vigor o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Os Estados Associados do Mercosul são Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. Sua existência justifica-se em função do compromisso do Mercosul com o aprofundamento do processo de integração regional e pela importância de desenvolver e intensificar as relações com os países membros da ALADI. Nesse sentido, apenas países-membros da ALADI podem associar-se ao Mercosul, desde que celebrem Acordos de Livre Comércio com o bloco. Além disso, Estados que desejem se associar devem aderir ao Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile e à “Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul”. Os Estados Associados podem participar, na qualidade de convidados, das reuniões dos órgãos da estrutura institucional do Mercosul para tratar temas de interesse comum, mas sem direito a voto. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

Hoje em dia, o aprimoramento institucional do Mercosul e o reforço de sua extensão jurídico-institucional têm um papel muito importante na agenda do bloco no caminho para a formação do mercado comum.

Em conformidade com esses objetivos, em 2002 foi aprovado o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias entre os Estados-Partes do Mercosul, um passo importante para a consolidação institucional do Mercosul, que confirmou a vontade dos Estados-Partes de continuar aprofundando o processo de integração.

A partir da aprovação desse Protocolo, é criado o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) com o objetivo de "garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul de forma consistente e sistemática". O Tribunal Permanente de Revisão tem sua sede permanente na cidade de Assunção, no Paraguai.

A constituição do TPR marca um avanço importante no sistema de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Brasília, sistema que não tinha uma instância de revisão de seus laudos, como é hoje o TPR. Outro aspecto inovador do Protocolo de Olivos está ligado ao mecanismo de opiniões consultivas, instituído com vistas a contribuir para a interpretação e a aplicação corretas e uniformes das normas do Mercosul, mesmo que não tenham efeito vinculante e obrigatório. Poderão solicitar opiniões consultivas ao TPR todos os Estados-Partes do Mercosul em conjunto, os órgãos do Mercosul com capacidade de decisão, os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-Partes, e o Parlamento do Mercosul¹²⁹.

Os países que atualmente integram o Mercosul possuem uma tradição política semelhante, compartilhando indicadores históricos de violação dos direitos humanos. O passado recente dos regimes militares que sujeitaram, por décadas, estes países coloca-se como uma memória viva destas violações. No momento em que novas formas de integração

¹²⁹ Outro fato especialmente importante no avanço jurídico-institucional do bloco foi a aprovação da Decisão CMC Nº 23/05, mediante a qual é aprovada a assinatura do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. A partir desse momento, começou a funcionar o Parlamento do Mercosul como um novo órgão da estrutura institucional do bloco, substituindo a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), que tinha sido criada no Protocolo de Ouro Preto. Vale salientar que o Parlamento do Mercosul foi criado não como órgão de representação dos Parlamentos dos Estados-Partes, mas como órgão de representação dos povos, independente e autônomo. Conforme previsto na Decisão CMC Nº 23/05, a partir de 2014, o Parlamento do Mercosul estará integrado por representantes eleitos por sufrágio universal, direto e secreto.

Nesta nova etapa de avanços institucionais, o Conselho do Mercado Comum estabeleceu as seguintes orientações para a reforma institucional do bloco (Decisão CMC Nº 56/07): reestruturação dos órgãos decisórios do Mercosul e de seus foros subordinados, incluindo suas competências; aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias do Mercosul e fortalecimento de seus órgãos institucionais; aperfeiçoamento do sistema de incorporação, vigência e aplicação das normas do Mercosul e estabelecimento de um orçamento Mercosul que leve em conta os requerimentos orçamentários da Secretaria do Mercosul e da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Disponível em: < http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=661&site=1&channel=secretaria#ddhh>. Acesso em: 22 dez. 2009.

econômica e política são promovidas, consideramos necessário conhecer melhor e refletir sobre os caminhos atuais da luta pelos direitos humanos nos países do Mercosul, especialmente, se há a intenção de realizar uma integração que vá além de meros acordos aduaneiros. Na realidade, foram adotadas no Mercosul obrigações econômicas comuns que ultrapassam questões alfandegárias e pressupõem acordos políticos, incluindo a cláusula democrática entre os estados-membros.

A ausência de políticas públicas que se contraponham aos efeitos perversos da desarticulação do Estado, especialmente graves no campo da saúde, educação, habitação e saneamento, assim como a tendência ao aumento do desemprego, afetam, sobretudo aos setores mais vulneráveis destes países que enfrentam o desafio de avançar na integração comercial em um cenário de incertezas econômicas e crescentes desigualdades sociais. Frente a este quadro, em maio de 2005, começou a funcionar como um foro interestatal para a análise e definição de políticas públicas de direitos humanos, a Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RADDHH).

Formalmente, a RADDHH é um foro aberto à participação da sociedade civil; as organizações regionais podem intervir como observadores nas diferentes sessões. Essa participação procura encaminhar-se de forma mais efetiva, a partir da integração de subgrupos especializados nos assuntos da agenda e abertos às organizações¹³⁰.

A criação da RADDHH foi aprovada na Cúpula de presidentes realizada no Brasil em dezembro de 2004. Desde o ano de 1999, a temática dos direitos humanos começou a ser levada em conta no âmbito do Mercosul, a partir da proposta paraguaia de criar um grupo especializado Ad-hoc. No entanto este processo se desenvolveu no marco de uma integração definida, principalmente, como um “fenômeno econômico” e baseado na articulação comercial. Foi a partir da cume de 2004 que se decidiu a transformação do grupo Ad-hoc numa Reunião de Altas Autoridades. Este processo é coincidente com um novo cenário político na região, caracterizado pelo acesso ao governo das forças progressistas que têm declarado a necessidade de aprofundar no chamado “Mercosul político”¹³¹.

¹³⁰ Diversas organizações não-governamentais têm estado presentes às reuniões da RADDHH, dentre elas, a ABGLT – Associação Brasileira de Gays Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros e a Associação Internacional de Lésbicas e Gays – Sessão América Latina e Caribe (ILGA- LAC), com o objetivo de incidir na temática LGBT sobre as políticas dos Estados membros do Mercosul.

¹³¹ A través da Decisão Nº 40/04 do Conselho do Mercado Comum se criou a Reunião de Altas Autoridades na Área de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL (RAADH), com o objetivo de velar pela plena vigência das instituições democráticas e o respeito, a promoção e proteção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

Com efeito, na V RADDHH em 2006, realizada em Brasília, a Presidência Pro-Tempore Brasileira, apresentou um relatório sobre o combate à discriminação por orientação sexual, tendo em vista que é tema importante dentre aqueles relacionados aos direitos humanos, considerando que se deveriam adotar medidas especiais para proteger pessoas e grupos particularmente vulneráveis, que podem sofrer múltiplas formas de discriminação em razão de gênero, idade, origem nacional, orientação sexual, situação econômica ou posição social, deficiência física ou mental, estado de saúde, credo religioso ou qualquer outra condição suscetível de discriminação.

De acordo com a ata da referida reunião, a Delegação Brasileira apresentou uma proposta de introdução da temática da orientação sexual e identidade de gênero como direitos humanos, o Governo Brasileiro propôs a realização de um seminário no âmbito do Mercosul para debater o marco legal acerca da orientação sexual e identidade de gênero nestes países e aprofundar a troca de experiências de trabalhos no combate à discriminação com os Estados-membros e associados, além de um encontro com a sociedade civil. A Argentina apresentou uma contra-proposta que foi aceita por todos na qual ficou definido a realização de um único e grande seminário no segundo semestre de 2007 que reunirá não só os Governos Executivos destes países, mas o judiciário, o legislativo e a sociedade civil organizada¹³².

Em agosto de 2007, ocorreu o Seminário sobre Diversidade Sexual e Identidade de Gênero das Altas Autoridades em Direitos Humanos do Mercosul, organizado pela Presidência Pro Tempore do Uruguai, e que precedeu a IX Reunião das Altas Autoridades em Direitos Humanos do Mercosul (RAADDHH) no qual se expressava a necessidade urgente de trabalhar para eliminar a discriminação por orientação sexual e identidade/expressão de gênero nos países do bloco e reconhecer os direitos da Diversidade Sexual como direitos humanos fundamentais¹³³.

¹³² Cf.: **Ata V Reunião de Altas Autoridades Competentes em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados**. Brasília - Brasil, agosto 2006. Disponível em: <<http://www.observatorio.mercosur.org.uy/es/raddoc44.php>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

¹³³ Vale também observar que durante a IX RAADDHH foi aprovada a criação de um subgrupo de trabalho que abordara as questões de gênero y diversidade sexual, e que com el nome de “**Subgrupo sobre Diversidade Sexual, Identidade e Gênero**”. Cf.: MERCOSUR/RAADDHH/FCCP/ACTA N° 03/07. IX Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados. Disponível em: <http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/Acta_IX_RAADDHH.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2009.

Destarte, na ocasião também foi possível construir um documento assumido como resultado da IX RAADDHH, no qual se solicita aos países do Mercosul e Estados Associados o seguinte¹³⁴:

- Revogar e/ou modificar todo tipo de legislação discriminatória ou que criminalize lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros ou que restrinja o pleno exercício e gozo dos mesmos Direitos que têm os demais cidadãos e cidadãs. E, neste sentido, revogar qualquer tipo de lei ou regulamentação que proíba a gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros de doar sangue;
- Gerar ou impulsionar políticas públicas transversais em todas as áreas de governo (como por exemplo "Brasil sem Homofobia" e aquelas propostas para o "Plano Nacional Contra a Discriminação", da Argentina, ou "Comissão de Educação Sexual", do Uruguai), leis antidiscriminatórias, programas e ações, no âmbito da educação, da saúde, do trabalho, etc que promovam expressamente a não discriminação por orientação sexual e identidade/expressão de gênero, em especial aquelas que permitam o acesso às pessoas trans em todos os âmbitos. No caso das Leis, que estas sejam de aplicação efetiva através de alguma instância que garanta sua operatividade e inverta o ônus da prova. É importante estabelecer para esta tarefa contatos diretos com a sociedade civil para que cada decisão política emerja de um trabalho conjunto;
- Promover a inclusão de conteúdos relacionados aos Direitos Humanos das pessoas GLBT na educação (pública e privada, institucional e não institucional) em todos os níveis, incluindo a formação docente, e fomentar campanhas que visem desconstruir os prejuízos sobre os quais se baseia a discriminação por orientação sexual e identidade/expressão de gênero. Promover a formação de grupos de pesquisa sobre temas relacionados à diversidade sexual; tomar decisões e ações políticas que terminem definitivamente com a hostilização, a discriminação, perseguição e repressão das forças de segurança pública contra as pessoas GLBT, especialmente as pessoas trans, em cada país; gerar Leis que garantam às pessoas GLBT e suas famílias, a mesma proteção e Direitos que os estados reconhecem às famílias heterossexuais, através da criação de instituições jurídicas como a sociedade de convivência, união concubinária, pacto de união civil ou a

¹³⁴ Cf.: **IX Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados**. Anexo VIII. Montevideo, Uruguay, 7 de agosto 2007. Disponível em: http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IX_RAADDHH_AnexoVIII.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2009.

equiparação do acesso ao matrimônio para os parceiros do mesmo sexo; sancionar Leis que possibilitem às pessoas trans trocas de registros de nome e sexo, sem requisitos cirúrgicos ou médicos de qualquer tipo, e que garantam o acesso público e gratuito aos tratamentos e cirurgias de redesignação de sexo para aqueles/as que desejarem;

- Gerar espaços institucionais específicos dentro do Estado que trabalhem temas de discriminação por orientação sexual e identidade/expressão de gênero. Que cada Estado divulgue estes dados para a sociedade e que os mesmos recebam e sistematizem denúncias, às quais se deve dar uma resposta concreta para cada caso, assim como permitam avaliar as políticas públicas a serem desenhadas em cada lugar; comprometer sua vontade política para impulsionar o anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e outras formas de Discriminação que se está discutindo no âmbito da OEA que inclua expressamente a orientação sexual e identidade de gênero;
- E por fim, impulsionar a criação de um Observatório Regional de práticas discriminatórias que inclua a discriminação por orientação sexual e identidade/expressão de gênero, onde as organizações da sociedade civil interajam com as Altas Autoridades de Direitos Humanos do Mercosul e seus Parlamentares, entre outras/os em pesquisa, estudo, discussão e atenção à temática. Que este observatório produza informes anuais sobre a situação das pessoas GLBT na Região para ser apresentado perante instâncias nacionais e internacionais.

Neste contexto, ressaltamos que, durante a XIII Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul, realizada em Porto Alegre - Brasil em 2008, decidiu-se substituir a criação de um Observatório Regional LGBT, pela apresentação de um informe semestral sobre a situação LGBT na região.

Por sua vez, as autoridades do Mercosul deram no marco da XVI Reunião de Altas Autoridades Competentes em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RAADDHH), celebrada em Montevideu entre 16 e 18 de setembro de 2009, um sólido respaldo à promoção dos direitos humanos das minorias sexuais na região, ao aprovar diversas propostas apresentadas por organismos da diversidade sexual da Argentina, Chile e Uruguai.

Ademais, também foi aprovado na referida Reunião o desenvolvimento de uma campanha sobre lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, a edição de um relatório estatístico

sobre a realidade das minorias sexuais, bem como a inclusão deste tema na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a realização de um seminário sobre educação e discriminação para orientação sexual e identidade de gênero.

Finalmente, é importante também destacar que, na cidade de Córdoba em 2004, foi criado o Observatório de Políticas Públicas de Direitos Humanos no Mercosul, uma organização regional constituída por representantes da sociedade civil de: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, com o objetivo de monitorar e incidir nas políticas públicas de direitos humanos nos países do bloco. Para cumprir com esse propósito, capacita e promove a participação da sociedade civil nos âmbitos institucionais do Mercosul.

O Observatório que está integrado por doze organizações com vasta trajetória nos seus respectivos países e alicerçado na sua estrutura regional, procura incidir na institucionalização do Mercosul a fim de que sejam definidas ações tendentes a promover a plena vigência dos direitos fundamentais, com ênfase nos setores mais vulneráveis da sociedade. Neste sentido, acompanha a marcha da “agenda” do Mercosul e gera espaços para a participação da sociedade civil em grupos técnicos de trabalho e foros de coordenação de políticas públicas de direitos humanos. Desde o ano de 2005 intervém como observador da Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos do Mercosul e na Reunião Especializada da Mulher.

O Observatório realiza, também, seminários e eventos de capacitação em direitos humanos e integração, visando facilitar uma maior participação e incidência da sociedade civil nos âmbitos do Mercosul¹³⁵.

¹³⁵ Sem desconhecer os sistemas universal e interamericano de proteção e supervisão dos direitos humanos, o Observatório, desde uma perspectiva regional, estimula a adoção de um conjunto de políticas públicas que permitam:

- Avançar no respeito ao Estado de Direito e na vigência da democracia;
- O aprimoramento da segurança cidadã;
- Garantir o acesso à justiça;
- O exercício da liberdade de imprensa e o acesso à informação;
- Exigir e respeitar os direitos econômicos, sociais e culturais;
- A construção de uma memória coletiva sobre as violações aos direitos humanos, na região, durante as ditaduras;
- A educação em direitos humanos.

O Observatório de Políticas Públicas de Direitos Humanos no Mercosul tem sua sede em Montevideú, Uruguai. Disponível em: <<http://www.observatoriomercosur.org.uy/pr/observatorio.php>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

CAPÍTULO 2 – A LEGISLAÇÃO MUNDIAL, PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONGS) E OUTROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS RELATIVOS Á DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

2.1. PANORAMA DA LEGISLAÇÃO MUNDIAL SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

É relevante para nosso trabalho realizar uma breve apreciação da legislação relativa à orientação sexual, a fim de situar a discriminação pela referida causa no contexto legislativo mundial.

Vale destacar que não existem muitos estudos atualizados sobre o tema, no entanto foi possível colher dados significativos.

Destarte, apesar de ser a informação umas das mais importantes ferramentas em todo trabalho efetivo sobre direitos humanos, o trabalho de coleta de informações sobre a situação legal relacionada às questões LGBT pode se revelar bastante difícil. Esta dificuldade pode ser atribuída às constantes mudanças nas legislações, bem como a fontes conflitantes ou não existentes. O objetivo deste trabalho é, portanto, tentar consolidar a pesquisa mais recente sobre o tema.

Numa breve análise da situação legal das pessoas LGBT, podemos observar que a relação entre homossexualidade e política tem evoluído de maneira similar na maioria das democracias contemporâneas, por razões que podem ser encontradas nos processos de difusão de ideias e aprendizagem cultural.

Segundo Rios (2002, p. 116):

[...] desde as últimas décadas do século XIX, é registrado o aparecimento de grupos de homossexuais organizados na Europa e nos Estados Unidos. [...] destacam-se inúmeras iniciativas públicas em decorrência de grupos organizados dos direitos de homossexuais. Na Inglaterra, a organização *Per Scientiam ad Justitiam*, (1897), liderada por George Cecil Ives e a *British Society for Study of Sex Psychology*, (1914), presidida por Edward Carpenter; a *World League for Social Reform*, (1928), encabeçada por Hirschfeld, Auguste Forel e Havelock Ellis, congregava médicos e intelectuais da Europa e da América. Nos Estados Unidos, Henry Gerber fundou em Chicago a *Society for Human Rights* (1924). Estas entidades enlaçavam centenas de médicos e intelectuais pugnando pela liberalização da vida sexual de homens e mulheres, incorporando abertamente em suas atividades (realização de congressos, publicações, campanhas públicas) a igualdade de direitos entre heteros e homossexuais.

Afirma ainda Rios (2002), que tal fenômeno se desenvolveu a ponto de constituir-se como uma "subcultura homossexual" no cerne de importantes cidades, como Berlim

Hanover, Londres, Paris, Florença, Chicago e Nova York. Especialmente significativo foi na Alemanha, onde se registrou expressivo movimento social e científico homossexual, mais especificamente em Berlim, com forte presença na classe média, facilitada pela tolerância policial (mesmo diante da vigência do art. 175 do Código Penal alemão, que criminalizava atos homossexuais). Além disso, o movimento homossexual alemão concentrou esforços para acabar com tal penalização, contando com o apoio de entidades científicas, dentre elas destacando-se o Comitê Científico Humanitário, fundado em 1897, liderado pelo médico Magnus Hirschfeld e amparado por inúmeros intelectuais. Este movimento fortaleceu-se e se expandiu até a ascensão nazista. Efetivamente, o movimento homossexual alemão foi destruído com a ascensão de Hitler ao poder, marcado pelo encarceramento, tortura e assassinato de homossexuais nos campos de concentração. Conforme historiadores, aproximadamente 50.000 pessoas foram condenadas à morte por homossexualidade, sendo lá identificados pelos triângulos rosas.

Praticamente em todos os países ocidentais a reivindicação da igualdade de tratamento entre homossexuais e heterossexuais tem desempenhado um papel histórico. Entretanto, este conflito só é ativado quando uma série de reivindicações prévias tenham sido satisfeitas (CALVO BOROBIA, 2004).

Neste sentido, compreendemos o processo político em torno dos direitos dos homossexuais como um “mapa de rota”, no qual as reivindicações são ordenadas segundo seu impacto nas condições de vida da população homossexual. Inicia-se pelos direitos básicos e não avança até que os pilares estejam bem sedimentados. Este “mapa de rota” toma forma em torno de três conflitos fundamentais: a legalização das relações homossexuais; a luta contra a discriminação e por igualdade de tratamento e o reconhecimento das uniões afetivas homossexuais (CALVO BOROBIA, 2004).

A primeira conquista tem sempre por objeto a legalização das relações homossexuais, associados a este objetivo estão a legalização das organizações homossexuais, assim como a isonomia da idade de consentimento entre homossexuais e heterossexuais, naqueles países em que se impõe diferentes idades segundo a preferência sexual do indivíduo. Nenhum outro tipo de reivindicação tem fundamento num contexto em que as relações homossexuais são objeto de sanção penal.

A segunda batalha diz respeito às políticas de igualdade. Num contexto onde a orientação sexual é causa de discriminação em vários âmbitos e onde os homossexuais são objeto de abusos, escárnio e violência, os governos de todo o mundo ocidental são

pressionados para que desenvolvam uma legislação que garanta a igualdade de tratamento entre homossexuais e heterossexuais, assim como a proteção contra a violência homófoba. Como primeira resposta, alguns países europeus com governos introduziram durante a década de oitenta reformas em sua legislação penal.

Finalmente, nos casos em que se conquistou uma adequada proteção legal no âmbito individual, as organizações homossexuais sentem-se preparadas para demandar a igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais. Esta é a terceira batalha (CALVO BOROBIA, 2004).

Com efeito, vale também atentar que para o fato de que Rios (2005), caracteriza três grandes maneiras com que os ordenamentos jurídicos encaram a homossexualidade. Em primeiro lugar, há o modelo de reconhecimento – mínimo – da orientação homossexual dentro dos ordenamentos jurídicos, que, efetivamente e simplesmente, não criminaliza a conduta ou a atração homossexual, ou seja, aqueles onde foram revogadas as proibições tradicionais de práticas sexuais divorciadas dos padrões hegemônicos, especialmente veiculadas pelo direito penal; em segundo lugar, existem ordenamentos jurídicos ao redor do mundo que, além de não a criminalizarem, proíbem sua discriminação – modelo denominado de reconhecimento intermediário, – e há os que, além disso, incluem medidas de promoção da igualdade e da diversidade, debatendo os fundamentos filosóficos de tais medidas.

Entretanto, há ordenamentos jurídicos vigentes atualmente que criminalizam os atos homossexuais, em alguns deles ainda existem criminalizações explícitas, a exemplo do Código Penal do Iêmen, que assim dispõe:

Artigo 264: “Os atos homossexuais entre homens é definido como penetração no ânus. Homens não casados são punidos com 100 chicotadas ou com prisão de no máximo um (1) ano, e homens casados com sentença de morte, apedrejamento até a morte”.

Artigo 268: “Os atos homossexuais entre mulheres é definido como estímulo sexual resultante de esfregamento. A penalidade fica limitada, se for premeditado, a até três (3) anos de prisão; onde o delito foi cometido sob efeito de coesão, o ofensor será punido com até sete (7) anos de prisão”.¹³⁶

Ou ainda mais surpreendente, como o que aconteceu em 22 de abril de 2009. O Presidente do Burundi outorgou a lei de revisão do Código Penal que pela primeira vez na

¹³⁶ Código Penal do Iêmen de 1994. Fonte : OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado:** uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2009.

história inclui a proibição de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. O Artigo 567 agora pune tais relações com até dois anos de prisão após a condenação.¹³⁷

No Brasil, desde nosso descobrimento até 1830, tivemos o modelo proibitivo¹³⁸. As Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1606), simplesmente criminalizavam a prática da sodomia¹³⁹ e de outras anomalias como um crime contra Deus e contra os homens, que era punido com a morte, a qual era seguida com a queima do corpo do criminoso na fogueira, uma vez que acreditavam que, se este fosse enterrado, a pessoa ainda poderia ser lembrada, e pela inabilitação, por três gerações subseqüentes, de seus parentes para o exercício de cargos públicos ou recebimento de algum benefício da Coroa.¹⁴⁰

¹³⁷ Burundi outlaws homosexuality. Disponível em: <<http://www.pinknews.co.uk/news/articles/2005-12181.html>>. Acesso em: 08 set. 2009.

¹³⁸ Relata Mott (2006):” Foi somente às vésperas de nossa Independência, com a extinção do abominável tribunal da Inquisição, que a sodomia deixou de ser crime e, por influência liberalizante do Código de Napoleão, nosso Código Penal (1823) igualmente descriminalizou o amor unissexual. Foi o primeiro passo a caminho da cidadania dos “*pederastas*” – termo comum no tempo de nossos bisavós”.

Mott, Luiz Roberto. **Homo-afetividade e direitos humanos**. Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2): 248, maio-agosto/2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a11v14n2.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2009.

¹³⁹ A partir de 1536, quando é fundado o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, embora a sodomia continuasse a ser considerada crime de *mixti fori*, podendo ser reprimido e julgado pelos dois foros, o Real e o Inquisitorial, na prática, a Inquisição monopolizou a repressão aos sodomitas, sendo portanto seus arquivos o principal acervo documental para o resgate e reconstituição da história dos homossexuais luso-brasileiros. Para felicidade dos pesquisadores, a quase totalidade da documentação inquisitorial relativamente ao pecado nefando encontra-se concentrada no mais antigo arquivo português, a avoenga Torre do Tombo, considerado pelos expertos como um dos mais ricos arquivos de toda Europa. Desde 1983 até o presente, já dediquei mais de dois anos de minha vida à consulta e registro dos manuscritos inquisitoriais referentes aos sodomitas, tendo publicado mais de mil páginas em várias dezenas de livros e artigos, sobre este tema ainda tão pouco explorado pelas ciências sociais em língua portuguesa.

Reconhece-se que a documentação da Inquisição Portuguesa sobre a homossexualidade relativamente aos séculos XVI, XVII e XVIII representa o maior acervo que se tem notícia em todo mundo, cobrindo por volta de 50 mil folhas manuscritas, que incluem mais de 4 mil denúncias registradas em grossos índices intitulados “Repertórios do Nefando”, além de 20 polpudos “Cadernos do Nefando” com mais de 500 folhas cada um, referentes aos tribunais de Lisboa, Évora e Coimbra. A pérola mais preciosa deste rico acervo é uma coleção de aproximadamente 500 processos de sodomitas que foram efetivamente presos e sentenciados, dos quais 30 terminaram seus dias queimados nas fogueiras dos Autos de Fé.

Tal acervo, muito mais volumoso e detalhado do que o relativo às Inquisições Espanholas, é riquíssimo de informações qualitativas sobre a sub-cultura gay do mundo lusitano, incluindo além do Reino de Portugal, dados sobre os territórios portugueses do Brasil, África e alguns poucos processos do Tribunal indiano de Goa. Através destes documentos podemos não apenas reconstituir os principais aspectos da demografia e etnografia dos “fanchonos” nestes três continentes, como resgatar em muitos processos, suas expressões idiomáticas, modismos, gírias e até frases inteiras e diálogos, além de preciosas e raras cartas de amor.

MOTT, Luiz Roberto. **Memória gay no Brasil: O amor que não se permitia dizer o nome**. Disponível em: <<http://br.oocities.com/luizmottbr/artigos07.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

¹⁴⁰ Segundo Trevisan (2002, p. 113), o sociólogo Gilberto Freyre acreditava que a prática homossexual (por ele chamada de “culto da Vênus Urânia”) teria sido popularizado no Brasil pelos próprios colonizadores europeus (fossem eles portugueses, espanhóis, italianos, mouriscos ou judeus), que encontraram na moral sexual dos índios e nas condições desenfreadas da colonização um terreno fértil para sua expansão [...] No Brasil, sabe-se da existência de muitos sodomitas portugueses para aqui degredados, alguns dos quais chegaram a ser posteriormente interrogados pela Inquisição na Colônia [...].

Com a promulgação do Código Penal do Império, que copiava, em relação ao tema, pelo menos em grande parte, o Código Penal francês de 1810, descriminalizou-se a prática da sodomia, embora isso continuasse a ser uma infração às normas religiosas, e nesta época, a religião católica era a religião oficial do Império.

Desde a Constituição de 1891, ocorreu oficialmente a separação da Igreja e Estado, assim o primeiro Código Penal republicano foi o de 1890, que não penalizava a sodomia. O Código Penal de 1940 mantém a omissão à criminalização das condutas homossexuais.¹⁴¹

Na Europa ocidental, coincidindo com a primeira onda de protestos protagonizada pelo movimento de liberação homossexual, a maioria dos países em que as relações homossexuais estava expressamente penalizadas procederam a sua despenalização durante as décadas de sessenta e setenta¹⁴².

Neste contexto, observa Pollak (1987, p. 69):

Durante os anos 60, a liberalização provocou inicialmente uma explosão da comercialização do sexo. Ao lado da multiplicação de bares, cinemas, e saunas, observou-se o desenvolvimento da imprensa homossexual, da pornografia e de uma indústria de aparatos e de acessórios sexuais, que iam desde brinquedo de couro, anéis de sexo e cremes, até os poppers (vasodilatadores utilizados como afrodisíacos). Como constatam os militantes de primeira hora do Gay Lib: “Será que fizemos a revolução para ter o direito de abrir setecentos bares gays a mais?”

Relata ainda Trevisan (2002, p.109), que em *Sobrados e mocambos*, comédia escrita por Hermilo Borba, filho, a partir da obra de Gilberto Freyre, ha uma cena emblemática em que o Visitador do Santo Ofício interroga acusados, no Brasil do século XVI. Um homem vem confessar que trepara com um escravo, em troca-troca. “E quantas vezes foi isso?”, pergunta o Visitador, à cata de grandes pecados. “Foram tantas, meu senhor”, responde candidamente o homem. Como punição o Visitador Inquisitorial ordena que o culpado se case; para seu espanto, avisam-no que o homem já é casado. “E a mulher onde está?” Diante do Visitador, apresenta-se então uma mulher de bunda enorme, que confessa ser enrabada todas as noites pelo marido, durante seus quatorze anos de casamento. Quando o Visitador lhe pergunta como se sente, a mulher lhe mostra a bunda e responde: “Não está vendo, meu senhor?” Sem pestanejar, o Visitador promulga a sentença: marido e mulher devem ir para a cadeia, onde serão obrigados a acasalar “só pela dianteira, até pegarem o costume de copular no legal”; ao que o marido exclama: “Que sentença mais cruel!”, enquanto a aturdida mulher reclama, insegura: “Será que pela frente a gente sente prazer?” [...].

¹⁴¹ Ainda que no Brasil a homossexualidade não seja um crime, segundo o ativista Luiz Mott, “o Brasil vive um homocausto”, cerca de centenas de homossexuais e transexuais morrem assassinados a cada ano. Somente em 2007, foram 122 crimes homófobos. Fonte: Revista Zero nº 108. Madrid: 2008, p. 43.

¹⁴² Na Espanha, a legalização efetiva das relações homossexuais passou pela derrogação parcial em 1978 da “Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social” (LRPS), herdada do regime anterior, e apesar da ausência de uma sanção penal expressa contra a homossexualidade, a aplicação da legislação de “peligrosidad” – la Ley de Vagos y Maleantes primeiro, e a LRPS posteriormente– pôs em prática a incriminação daquelas pessoas “suspeitas” de realizar “práticas homossexuais”. Em 1979, a “Ley de Peligrosidad Social” é alterada, sendo suprimido, dentre outros, as “suspeitas de homossexualidade” e modificado o nome para “Ley de Escándalo Público”, que finalmente foi derrogada em 1987, mas deixa alguma reminiscência.

Para uma análise mais extensa sobre a homossexualidade na Espanha conferir: MIRA, Alberto. **De Sodoma a Chueca**. Una historia cultural de la homosexualidad en España en el siglo XX. 2. ed. Madrid: EGALES, 2007.

De acordo com Ariès (1987, p. 77):

[...] o enfraquecimento da proibição da homossexualidade é uma das características evidentes da situação moral atual de nossas sociedades ocidentais. Os homossexuais hoje formam um grupo coerente, por certo ainda marginal, mas que tomou consciência de uma espécie de identidade: ele reivindica direitos contra uma sociedade dominante que ainda não o aceita [...]

Atualmente, as legislações que permitem relações consentidas entre pessoas adultas do mesmo sexo, correspondem principalmente aos países da Europa, Estados Unidos, Canadá, Austrália, América Latina, e alguns países da Ásia e África.

Uma visão panorâmica da situação latino-americana, considerando os dados disponíveis, revela que: a) não há na América Latina ordenamento jurídico que criminalize práticas sexuais homossexuais, exceto em contextos específicos, como, por exemplo, em estabelecimentos militares; b) os ordenamentos jurídicos latino-americanos, em sua maioria, sancionam atos de discriminação fundados em expressões da sexualidade (Argentina, Brasil, Colômbia, Equador¹⁴³, México e Peru, por exemplo); c) poucos ordenamentos jurídicos instituem medidas positivas de proteção e de reconhecimento destes direitos sexuais “Argentina e Brasil” (RIOS, 2005).

Observamos que o nível de aceitação dos países é muito diverso, e isto se deve às circunstâncias culturais, religiosas ou políticas que existem em cada um deles. Portanto, os países de tradição cristã, não reprimem a homossexualidade, mas restringem os direitos das pessoas LGBT.

Segundo Amaral (2010, p. 25):

Não escapam com vida aqueles que praticam atos homossexuais na Mauritânia, Somália, Nigéria e Sudão.

Em Uganda, o parlamento estuda a possibilidade de aplicar a pena de morte àqueles que tenham a segunda relação homossexual, punindo a primeira delas com prisão. Se as relações homossexuais não forem denunciadas em 24 horas por quem delas souber, a pena para essa pessoa será de prisão de três anos.

Aqui a campanha pró-homofobia é liderada e está atrelada à religião. No caso de Uganda, aos cristãos fundamentalistas.

Em Barbados, a pena é de prisão perpétua. No Marrocos, Tunísia, Senegal, Serra Leoa, Camarões e Togo, atos homossexuais também são considerados crime, mas as penas variam de multas a prisão por período que varia de um país para outro.

¹⁴³ Com efeito, cabe destacar que no Equador a homossexualidade é muitas vezes considerada uma "doença que pode ser curada". Ao menos, isso é o que prometem clínicas ilegais que aceitam jovens, normalmente internados à força por seus pais, na tentativa de mudar sua orientação sexual, como afirmam autoridades e associações de gays. Disponível em: <<http://tvuol.uol.com.br/#view/id=gays-denunciam-clinicasilegaisquecuramhomossexualidade04029A3362CC895307/mediaId=8513135/date=20101124&&list/type=tags/tags=15813/edFilter=editorial/>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

Situação diferente ocorre no Quênia, Zâmbia e Zimbábue, onde atos homossexuais são proibidos entre os homens, mas permitidos entre as mulheres. Na Guiana, a pena para os homens é a prisão perpétua, enquanto para as mulheres os atos homossexuais são consentidos.

Entretanto, há países que reconhecem direitos tanto no âmbito privado como no âmbito público, enquanto que outros restringem os direitos das pessoas LGBT exclusivamente ao âmbito privado.

Neste sentido, é importante destacar o Relatório Homofobia do Estado, uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo, conduzida por Daniel Ottosson da Södertörn University College, Estocolmo, Suécia e divulgada pela Associação Internacional de Gays e Lésbicas (ILGA).

Essa pesquisa vem sendo realizada e publicada anualmente desde 2007, e se baseia em estudos factuais em escala macro e micro dos sistemas legais e das legislações em detalhes ou de fontes de segunda mão quando textos legais não foram possíveis de serem obtidos. Considerando que este relatório se propõe a apresentar a informação mais atualizada, a maior parte dela foi extraída de websites de órgãos governamentais e de ONGs, e não de materiais impressos. A pesquisa só trata de legislação que caracteriza como delito todo ato sexual consensual entre indivíduos do mesmo sexo em esfera privada e maiores de idade. Legislações referentes a tais atos em público, com menores, com força ou por qualquer outro motivo, não foram incluídas.

De acordo com o Relatório publicado em maio 2010, a homossexualidade ainda é ilegal em 76 países e punida com a pena de morte em outros cinco (Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão, Iêmen), e em algumas regiões de Nigéria e Somália.

Não obstante, é considerada legal em 115 países. Locais como a República Turca do Norte do Chipre (RTNC), reconhecida só pela Turquia, continuam considerando esta prática ilegal. O status legal da homossexualidade, no entanto, ainda não é claro em Djibuti, Barein e Iraque, enquanto Lesoto, Suazilândia, Belize e Trinidad e Tobago proíbem a entrada de pessoas com esta orientação sexual¹⁴⁴.

O estudo divulga que 99 países possuem legislação com idade de consentimento igual para relações heterossexuais e homossexuais; que 15 países tem idade de consentimento diferente para relações homossexuais e heterossexuais; 49 países possuem legislação

¹⁴⁴ Cf. OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado**: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf>. Acesso em: 08 out. 2010.

proibindo a discriminação no trabalho com base na orientação sexual¹⁴⁵; em 17 países os crimes de ódio com base na orientação sexual considerados circunstâncias agravantes; em 20 países existe legislação proibindo o incitamento à violência com base na orientação sexual ; em 11 países os casais do mesmo sexo têm a maioria ou totalidade dos direitos decorrentes do casamento. (Parcerias Civis, Parcerias Registradas, Uniões Civis etc); em 10 países casais do mesmo sexo têm parte dos direitos decorrentes do casamento reconhecidos aos casais heterossexuais e também em 10 países a adoção conjunta por casais do mesmo sexo é legal¹⁴⁶.

O relatório ainda dispõe que são apenas sete os países que possuem legislação com permissão de casamento para casais do mesmo sexo. Entretanto, devemos ressaltar que, devido às recentes alterações em algumas legislações, agora já são dez os países que dispõem de legislação permitindo o casamento homossexual, e são os eles: África do Sul, Argentina¹⁴⁷, Bélgica, Canadá, Espanha¹⁴⁸, Holanda, Islândia¹⁴⁹, Portugal¹⁵⁰, Noruega e Suécia. Além disso,

¹⁴⁵ Países dispõem de legislação proibindo a discriminação no trabalho com base na orientação sexual: na **África**: Maurício (2008), Moçambique (2007), África do Sul(1996) (A Namíbia rejeitou essa lei em 2004); **Ásia**: Israel (1992), Taiwan (2007), assim como algumas cidades no Japão: **Europa**: Albania (2010)Andorra (2005), Áustria (2004), Bélgica (2003), Bósnia - Herzegovina (2003), Bulgária (2004), Croácia (2003), Chipre (2004), República Tcheca (1999), Dinamarca (1996), Estônia (2004), Finlândia (1995), França (2001), Geórgia (2006), Alemanha (2006), Grécia (2005), Hungria (2004), Irlanda (1999), Itália (2003), Kosovo (2004), Letônia (2006), Lituânia (2003), Luxemburgo (1997), Malta (2004), Países Baixos (1992), Noruega (1998), Polônia (2004), Portugal (2003), Romênia (2000), Sérvia (2005), Eslováquia (2004), Eslovênia (1998), Espanha (1996), Suécia (1999), Reino Unido (2003); **América do Norte**: Canadá (1996), Costa Rica (1998), México (2003), Nicarágua (2008), assim como algumas regiões dos Estados Unidos; **Oceania**: Austrália, Fiji (2007), Nova Zelândia (1994); **América do Sul**: Colômbia (2007), Venezuela (1999), assim como Rosário (1996) na Argentina, e algumas regiões do Brasil.

Cf.: OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado**: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2010. Disponível em:<http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf>. Acesso em: 08 out. 2010.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ En julio de 2010, **Argentina** se ha convertido en el primer país de América Latina en legalizar el matrimonio homosexual en todo el territorio nacional. Es el décimo estado del mundo en hacerlo. Tras una polémica votación, el Senado argentino ha aprobado, por un apretado margen (33 votos a favor, frente a 27 en contra y 3 abstenciones) el proyecto de ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. Disponível em:<<http://www.elmundo.es/america/2010/07/15/argentina/1279178537.html>>. Acesso em: 09 out. 2010.

¹⁴⁸ **Espanha**, desde 2005, está en la vanguardia de la legislación que homologa a las parejas gays con las heterossexuales. Pero la ley sigue pendiente de un hilo: el dictamen del Tribunal Constitucional. El PP debería retirar el recurso. Hoy hace cinco años que entró en vigor la reforma del Código Civil que permite a dos personas del mismo sexo contraer matrimonio en España. Ocho días después, Emilio Menéndez y Carlos Baturín, que llevaban 30 años juntos, se casaron, poniéndole rostro a una de las mayores conquistas de los derechos civiles en nuestro país. En aquel momento, solo Bélgica, Holanda y Canadá contemplaban en su legislación el matrimonio homosexual, lo que convertía a España, en contra de su tradición, en un país de vanguardia. Disponível em:<www.iceta.org/lm030710.pdf>. Acesso em: 09 out. 2010.

¹⁴⁹ En junio de 2010, **Islandia** aprueba el matrimonio homosexual y se convierte en el noveno país en reconocer este derecho, tras Holanda, España, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia y Portugal. El Althingi (Parlamento islandés) aprobó, en 11 de junio de 2010, por 49 votos a favor y ninguno en contra una ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley del 'matrimonio neutral' significará el fin de la

também é permitido em algumas regiões dos Estados Unidos e no México do Distrito Federal¹⁵¹.

Ressalta Amaral (2010, p. 27) que:

Influenciados ou não pela religião, o fato é que muitos países aceitam as relações homoafetivas, concedem direitos, dando ao segmento ampla proteção legal. Em outros países, além do reconhecimento de direitos, há a aceitação por parte das instituições religiosas.

E o que acontece na Suécia, onde o casamento homossexual é legalmente permitido desde 2009, e a Igreja Luterana, da qual 73% dos suecos fazem parte, celebra casamentos religiosos.

O posicionamento dos países em relação às uniões de pessoas do mesmo sexo varia desde o amparo legal até a pena de morte, e muitas vezes num vai e vem, fruto de disputa entre os poderes que legislam, os que aplicam as leis ou suprem a ausência delas, a sociedade (referendos) e os grupos ativistas.

Segundo Dias (2009, p.67):

A maioria dos países europeus já admite as uniões homoafetivas, e intenso é o empenho do Parlamento Europeu para a criação de lei possibilitando o casamento homossexual na União Européia. Quem primeiro autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda. Em 01.04.2001, entrou em vigor a lei que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo - *same-sex marriage* -, com iguais direitos e deveres, e idênticas consequências jurídicas do casamento heterossexual. Não vigora a presunção *pater est* com referência ao filho nascido durante o casamento, pois há uma terceira pessoa envolvida, cujos direitos devem ser levados em conta. É assegurada a possibilidade de os cônjuges adotarem. A nova lei facultou

normativa sobre parejas de hecho, que estaba vigente desde 1996. Con la adopción de esta nueva ley, Islandia se convierte en el noveno país en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, tras Holanda, España, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia y Portugal. Disponível em: <http://www.publico.es/internacional/319776/islandia-aprueba-el-matrimonio-homosexual>>. Acesso em: 09 out. 2010.

¹⁵⁰ En enero de 2010, el Parlamento de **Portugal** aprobó una proposición de ley del Gobierno socialista para permitir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, aunque no contempla la posibilidad de adopción por parte de estas parejas. Tras la votación de la proposición, que contó con el apoyo de toda la izquierda parlamentaria, el primer ministro portugués, José Sócrates, calificó este día de "momento histórico" para el país en el "combate contra la discriminación y la injusticia que existía en la sociedad lusa". Disponível em: <<http://www.publico.es/internacional/283961/portugal-aprueba-el-matrimonio-homosexual/version-imprimible>>. Acesso em: 09 out. 2010.

¹⁵¹ Neste contexto, verificamos que, 21 de dezembro de 2009, a Assembleia Legislativa da **Cidade do México** aprovou o casamento entre homossexuais, com os mesmos direitos das uniões entre pessoas de gêneros diferentes, o que inclui o direito a adotar filhos. De acordo com os vereadores, a capital mexicana se torna assim a primeira cidade latino-americana a autorizar o matrimônio homossexual. O projeto, criticado pela Igreja Católica, foi aprovado por 39 votos contra 20, após um acalorado debate na Assembleia Legislativa do Distrito Federal mexicano, onde a esquerda tem maioria.

“Estamos deixando de segregar ou estigmatizar um setor social dando-lhe acesso a uma instituição que é o matrimônio. É avançar na direção de direitos plenos”, disse à Reuters o parlamentar David Razú, presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia e autor do projeto. Em 2006, a Assembleia já havia aprovado a chamada Lei de Sociedade em Convivência, um contrato de união civil que garantia certos direitos, como a pensão alimentícia.

A nova lei amplia os direitos de modo a incluir heranças, união patrimonial para a obtenção de crédito bancário e a possibilidade de receber benefícios do seguro social, entre outros. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/593403/0/mexico/matrimonio/homosexual/>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

transformar as uniões civis já existentes em casamento, assim como o casamento pode ser convertido em uma parceria. A Bélgica, em 01.02.2003, foi o segundo país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas o direito à adoção só existe a partir de 01 dez. 2005.

Um instituto bastante curioso foi introduzido na França, em 13.10.1999, mediante modificação do Código Civil, foi criado o Pacto Civil de Solidariedade – PACS, permitindo duas pessoas do mesmo ou de diferente sexo a firmarem contrato para "organizar sua vida em comum". De fato, trata-se de declaração conjunta em cartório, cujo registro dá início a sua vigência. É livre a deliberação de caráter patrimonial e, em caso de omissão, presumem-se comuns os bens contraídos durante sua vigência. O contrato é oponível a terceiros, gerando obrigação solidária dos contratantes. O acordo, que pode ser alterado consensualmente a qualquer tempo, gera a obrigação de auxílio mútuo, a ser livremente regulamentado entre as partes. É proibida sua estipulação entre ascendentes e descendentes, assim como entre afins em linha reta e colaterais até o 3.º grau. Também não pode ser firmado por pessoas casadas ou por quem esteja vinculado por outro pacto. A dissolução consensual é feita por declaração conjunta ao cartório do registro ou unilateralmente, mediante comunicação ao outro e ao cartório, passando a vigorar após o decurso do prazo de três meses. O casamento de um dos parceiros põe fim ao ajuste, bastando haver a comunicação acompanhada da certidão do casamento. Não havendo consenso sobre a liquidação dos direitos e obrigações, cabe a dissolução judicial, independente da reparação de danos eventualmente sofridos. Ocorrida a morte de um, o sobrevivente ou qualquer interessado pode comunicar o fato ao cartório.

De acordo com Dias (2009, p. 66-67):

Essa lei também definiu o concubinato como sendo uma união de fato, caracterizada por uma vida em comum, com caracteres de estabilidade e de continuidade, entre pessoas de sexo igual ou diferente, que vivam juntas.
O PACS acabou se tornando uma nova forma de união, verdadeira alternativa ao casamento, indiferentemente da orientação sexual do casal, tanto que é firmado em sua maioria por pares heterossexuais.

Neste contexto, também é interessante notar que, a Espanha, apesar de ter ficado fora da revolução de ideias, que transformou o resto do continente a partir do século XVIII, e ter chegado tarde às reformas sociais do século XX, a evolução foi rápida e progressista, este país desde 1998 vem regulando a legislação sobre “parejas de hecho”, mas a grande mudança

ocorreu em 2005, com a aprovação da Lei 13/2005¹⁵², e que modificou o Código Civil Espanhol em matéria de contrair matrimônio¹⁵³.

Entretanto, observa Pérez Álvarez (2006):

[...] la Ley 13/2005 se ha limitado a añadir un nuevo párrafo al art. 44 del Código civil y a sustituir los términos “*hombre*” y “*mujer*” por el más genérico de “*cónyuges*” en otros preceptos del mencionado cuerpo legislativo, sin alterar, lo que nos parece aún es más importante, el contenido y los efectos jurídicos derivados de su celebración e inscripción en el Registro Civil. Se trata, por tanto, de un matrimonio, es decir, una relación jurídica personalísima y “*sui generis*” que aún mantiene un cierto grado de autonomía como categoría jurídica específica con respecto a las uniones de hecho; y que, como el resto de los contratos y negocios jurídicos contemplados en el Código, puede ser contraída por todos los ciudadanos con independencia de su condición sexual.

Segundo Almeida (2006, p. 18-19):

¹⁵² Neste contexto, observa Amaral (2010, p. 23-24) que: José Luís Rodríguez Zapatero, presidente da Espanha, em maio de 2005, ao ser aprovada a mudança do Código Civil espanhol, possibilitando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, proferiu discurso marcante, que traz esperanças para todo o mundo.

“Reconocemos hoy en España el derecho de las personas a contraer matrimonio con otras de su mismo sexo. Antes que nosotros lo hicieron Bélgica y Holanda, y antes de ayer lo reconoció Canadá. No hemos sido los primeros, pero tengo por seguro que no seremos los últimos. Detrás vendrán otros muchos países impulsados, Señorías, por dos fuerzas imparables: la libertad y la igualdad.

Se trata de un pequeño cambio en el texto legal: se agrega apenas un escueto párrafo en el que se establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y los mismos efectos cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo; un pequeño cambio en la letra que acarrea un cambio inmenso en las vidas de miles de compatriotas.

No estamos legislando, Señorías, para gentes remotas y extrañas. Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos y para nuestros familiares, y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros[...].”

¹⁵³ De acordo com Alventosa del Rio (2008, p. 237): “La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 2, entrando en vigor al día siguiente (BOE, sábado 2 de julio de 2005, núm. 157). Esta ley, consta de una Exposición de Motivos; un artículo único, donde se modifica los preceptos del Código civil; una Disposición adicional primera, relativa a la aplicación de esta ley en el ordenamiento jurídico; una Disposición adicional segunda, donde se modifican algunos preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil; una Disposición final primera, relativa al título competencial que tiene el Estado para dictar esta ley, y una Disposición final segunda, relativa ala entrada en vigor. La Ley incide principalmente en la modificación de dos textos legales: el Código civil y la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957. Las modificaciones del Código civil alcanzan fundamentalmente a dos Libros del mismo: el Libro I, relativo al derecho de las personas, y el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos; también a un precepto del Libro III, relativo a los modos de adquirir la propiedad”.

A título ilustrativo, é interessante verificar o documentário “Espanha destino gay”, emitido pela televisão espanhola, em junho de 2009, analisando a situação atual de gays e lésbicas no país, quando transcorridos mais de três anos desde a legalização do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, assim como as razões pelas quais a Espanha se converteu numa referência para este coletivo em todo o mundo. No documentário são recolhidos testemunhos de casais vindos de outros países, como, Canadá e França em busca de um ambiente mais respeitoso com sua orientação sexual. Não obstante, também foram encontrados casos em que aqueles que acreditavam chegar a um paraíso para homossexuais, se depararam com as mesmas olhadas de desprezo que em seus países. Cf. España, destino gay. Documentos TV. Madrid, RTVE 2, 23 de Junho de 2009. Programa de TV. Disponível em: <<http://www.rtve.es/>>. Acesso em: 11 out. 2009.

[...] a legislação que alterou o Código Civil espanhol acrescenta um propósito igualitarista, encarando a possibilidade do casamento entre PMS¹⁵⁴ como parte de um processo maior de transformações da instituição no sentido da sua democratização. Na lei espanhola pode ler-se que "a relação e convivência de casal, baseada no afecto, é uma expressão genuína da natureza humana e constitui uma via privilegiada para o desenvolvimento da personalidade". Um lugar de destaque é conferido a uma visão histórica e sociológica evolutiva: "a sociedade evolui [e] a convivência, em casal, entre pessoas do mesmo sexo, baseada na afectividade, tem sido objecto de reconhecimento e aceitação social crescentes e tem vindo a superar preconceitos arreigados e estigmatizações" [...]

Ainda de acordo com Almeida (2006, p. 20):

Embora as posições pró-casamento entre PMS encaixem (com importantes variações nacionais no respeitante à política identitária) no arco democrático liberal da igualdade perante a lei, tal não significa que a subscrição da democracia liberal implique o reconhecimento automático do sexo e da orientação sexual como fontes de desigualdade. Nos sectores conservadores mas tecnicamente laicos defende-se o reconhecimento das uniões homossexuais *sem* o estatuto e nome de casamento. A proposta deste sector vai no sentido da criação de uma instituição jurídica específica. Tal foi a posição do Partido Popular em Espanha, como a do socialista Lionel Jospin em França em 2004. Este discurso centra-se normalmente na especificação do casamento como aliança entre um homem e uma mulher; na figura fantasmática da criança necessitada de pai e mãe; por vezes, na demissão da questão por suposta ausência de uma forte exigência social; e sempre ressaltando a profissão de fé de luta contra a homofobia.

No que diz respeito ao no Brasil, cabe observar que o serviço notarial e de registro criou (ou simplesmente adaptou) em 2004, um instrumento de reconhecimento e organização das uniões de pessoas do mesmo sexo que se dá a partir de um contrato reconhecido publicamente. Trata-se, portanto, de um substituto inferior ao casamento e reconhecido apenas em algumas áreas.

Afirma Buglione (2007, p. 97-98): “apesar de não haver lei específica, como não há proibição expressa, esses contratos são legítimos, mesmo sendo um instrumento simples, são de forte impacto em relação à cultura e à efetivação de interesses e direitos”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Significa: Pessoas do Mesmo Sexo (PMS).

¹⁵⁵ Não obstante, é importante enfatizar que no Brasil, em dezembro de 2009, o grupo de defesa da cidadania LGBT Leões do Norte, um dos mais atuantes do Estado de Pernambuco, publicou uma esclarecedora lista dos direitos civis negados a homossexuais por não poderem se casar. O apontamento chega em uma boa hora de reflexão no Brasil, que assistiu recentemente seu irmão latino-americano México aprovar em sua capital o casamento gay e a adoção.

Na mensagem de militância, os Leões do Norte lembra que muitas vezes podemos nem pensar nestes direitos, mas que ao nos casarmos, se pudéssemos, conquistaríamos algumas dezenas deles. “É por isso que continuaremos lutando diariamente até conseguir conquistar cada um deles e atingir a igualdade plena de direitos com os héteros”, diz a mensagem.

A lista corresponde à legislação nacional e não leva em conta os avanços avulsos e isolados de alguns Estados brasileiros. Disponível em: <<http://mixbrasil.uol.com.br/pride/seus-direitos/grupo-pernambucano-lista-direitos-negados-a-gays-no-brasil.html>>. Acesso em: 26 dez. 2009.

Segundo Amaral (2010, p. 29): “No Brasil, a maior fonte de concessão de direitos aos homossexuais não são as leis, e, sim, as decisões proferidas por pequena parcela dos julgadores de nossos tribunais”¹⁵⁶.

Já em relação à proibição constitucional da discriminação com base na orientação sexual, também são poucos os países que dispõem de dispositivo explícito neste sentido, são eles: África do Sul (1994 e 1997), Bolívia (2009), Canadá (1998), Colômbia (2000), Fiji (1997), Kosovo (2008), Portugal (2004)¹⁵⁷, Suécia (2003), Suíça (2000). Ilhas Virgens, território associado ao Reino Unido (2007), assim como algumas regiões da Alemanha, Argentina e Brasil¹⁵⁸.

Cabe ainda observar que é diferente a legislação entre os diversos países em relação à inseminação artificial de casais de lésbicas, à igualdade no emprego, admissão no exército¹⁵⁹,

¹⁵⁶ Neste sentido, acrescenta Amaral (2010, p. 29-30): Em março de 2010 o Supremo Tribunal Federal recebeu os dados que havia solicitado a todos os tribunais do País, para que informassem sobre a existência de processos, em 1ª e 2ª instâncias, tratando da união estável entre homossexuais. Nove estados e o Distrito Federal apontaram resultados positivos, já tendo discutido o tema em processos com pelo menos um resultado favorável. São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Piauí, Mato Grosso, Goiás, Acre, Alagoas, Espírito Santo e o Distrito Federal são estados que deveriam se tornar modelos a serem seguidos por todos os outros. Assim penso eu, e não grande parcela do Judiciário, infelizmente.

A consulta partiu do Ministro do STF, Ayres Britto, encarregado da ação movida pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que tem como objetivo tornar, em todo o País, as uniões estáveis homossexuais equivalentes às heterossexuais.

¹⁵⁷ Neste sentido, assim dispõe a Constituição Portuguesa em seu artigo 13.º :

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, **condição social ou orientação sexual** (grifo nosso).

Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 08 out. 2010.

¹⁵⁸ Cf.: OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado**: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf>. Acesso em: 05 out. 2010.

¹⁵⁹ Neste sentido, é importante observar que uma lei que entrou em vigor na Argentina em 2009, descriminaliza a homossexualidade nas Forças Armadas do país. A lei 26.394 substituiu o Código de Justiça Militar anterior, que vigorava desde 1951 e não proibia expressamente o ingresso de gays na carreira militar, mas previa punições para atos homossexuais. Além dessa alteração, a nova lei argentina transfere para a justiça comum o julgamento de crimes cometidos no âmbito militar e elimina a pena de morte para militares - algo que não era praticado desde 1956. Com a modificação, a Argentina passa a adotar uma lei militar alinhada com a de países europeus como a Alemanha, a França e a Bélgica. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090301_gays_militarargentinar.shtml>. Acesso em: 15.05.09. Ainda no mesmo contexto, vale destacar que o presidente Barack Obama sancionou em 22 de dezembro de 2010, a lei que revoga a proibição de gays assumidos servirem nas Forças Armadas dos Estados Unidos.

Em 15 de dezembro, a proibição foi derrubada pela Câmara dos Representantes (deputados), deixando nas mãos do Senado o passo final para enterrar a atual política. Por sua vez, o Senado, em 18 de dezembro também derrubou a proibição, em uma decisão histórica comparada por muitos com o fim da segregação racial no meio militar dos EUA.

ao direito de imigração do companheiro ou direito de asilo dentre os países que não criminalizam a homossexualidade¹⁶⁰, permitindo-se em alguns estados e negando-se em outros¹⁶¹.

Infelizmente, muitos estados não protegem os cidadãos contra a discriminação, tortura e espancamentos. Ainda mais perturbador é o fato que, através da criminalização da homossexualidade, as pessoas são submetidas a tortura, espancamentos e até morte nas mãos dos agentes de seus próprios governos, tais como a policia e outros integrantes do sistema legal em todo o mundo¹⁶².

Em vigor há 17 anos, a política conhecida como "Don't Ask, Don't Tell" ["Não pergunte, não conte", em tradução livre] determina que as Forças Armadas não devem perguntar aos militares sobre sua orientação sexual, e os militares não devem divulgá-la.

A revogação da política entra em vigor 60 dias após ser sancionada por Obama, por Gates e pelo almirante Mike Mullen, chefe do Estado-Maior das Forças Armadas.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/849545-obama-assina-lei-que-derruba-proibicao-a-gays-assumidos-nas-forcas-armadas-dos-eua.shtml>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

¹⁶⁰ Conforme a agência de notícias 20 Minutos. ES, em dezembro de 2009, um homem Iraniano foi a primeira pessoa a conseguir asilo político na Espanha por ser homossexual. "Un gay sólo puede estar muerto en Irán, nunca vivo". Son palabras de Alí, pseudónimo del primer refugiado político en España por cuestión de género y orientación sexual, tras la aprobación de la ampliación de la Ley de Asilo Político en la que se recoge esta circunstancia.

Dice haber sido torturado, insultado y amenazado en prisión por ser homosexual Este iraní de 36 años y residente en Málaga asegura que "un gay sólo puede estar muerto en Irán, nunca vivo". Así, explica que oculta su identidad por "miedo" a que el Gobierno iraní tome represalias contra su familia, que continúa en su país de origen, e incluso señaló que su hermano y su madre no saben su identidad sexual, porque no conoce su posible reacción, ya que en Irán "ser gay no es bueno".

Del mismo modo, aseguró "estar muy feliz por poder vivir en libertad", e indicó que en Irán un hombre no puede compartir nada con otro hombre, "no puede ir a restaurantes ni andar con su pareja, nunca". Además, comentó que "en España se le entiende y hay muchas libertades", al tiempo que resaltó "estar ahora tranquilo", aunque matizó que mientras esperaba la resolución de su solicitud de asilo "estaba nervioso". Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/589556/0/refugiado/politico/gay/>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

¹⁶¹Cf. OTTOSSON, Daniel. LGTB World legal rap up survey, 2006. Disponível em: <http://typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Homosexualitaet/World_legal_wrap_up_survey._november2006.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2009.

¹⁶² Nesse sentido, em abril de 2009, a Amnesty International escreveu ao primeiro ministro iraquiano, Nuri al-Maliki, expressando sua profunda preocupação pela onda de homicídios de jovens unicamente por causa de sua orientação sexual. Na carta, a organização também pede que o governo empreenda uma ação urgente para levar os responsáveis à justiça e para dar proteção efetiva à comunidade gay do Iraque.

Nas últimas semanas, segundo informes, ao menos 25 rapazes morreram em Bagdá por serem gays ou supostamente gays. Aparentemente, os assassinatos foram cometidos por milicianos xiitas armados e membros das tribos e familiares das vítimas. Há informação que nestas últimas semanas, alguns dirigentes religiosos, principalmente em Cidade al-Sader, instaram seus seguidores a empreender ações para abolir a homossexualidade na sociedade iraquiana, de tal forma que, na prática, parece se constituir em incitação implícita – se não explícita – à violência contra membros da comunidade gay. Segundo informes, na Cidade al-Sader foram encontrados os cadáveres de três homens nos dias 2 e 3 de abril. Consta que em dois deles foram introduzidos pedaços de papel onde estava escrito “pervertido”, o que sugere que foram mortos por sua identidade sexual.

Na carta enviada ao primeiro ministro, a Amnesty International registra sua preocupação, pois o governo não condenou publicamente os homicídios e não garantiu investigações de forma imediata e efetiva, nem que os responsáveis comparecessem perante a justiça.

Além disso, muitos países ainda criminalizam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo em um claro desafio à legislação existente sobre direitos humanos. Ironicamente, muitas dessas leis, como as leis do Apartheid, que criminalizavam as relações sexuais consensuais entre adultos de raças diferentes, são relíquias da era colonial e são cada vez mais consideradas retrógradas, e inconsistentes tanto com a legislação internacional quanto com os valores tradicionais de dignidade, inclusão e respeito para todos.

Finalmente, consideramos que ninguém deva ser discriminado, perseguido ou morto com base na orientação sexual. Não obstante, somos cientes de que as chances de uma total erradicação da homofobia ou do racismo, ou outras formas de ódio da humanidade não são muito elevadas. Provavelmente haverá sempre alguns indivíduos contaminados com o “vírus do ódio homofóbico”, como haverá sempre estupradores, torturadores e assassinos. O que é intolerável, no entanto, é a ideia de um Estado aprovar e alentar estas práticas, principalmente quando o mesmo Estado proclama respeitar os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.2. RELEVÂNCIA DO PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONGS)

Diante da impossibilidade de mencionarmos todas as ONGs internacionais voltadas à proteção do coletivo LGBTI, aqui neste item, decidimos fazer alusão exclusivamente ao trabalho de duas delas: a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo (ILGA), em virtude de ser a única federação internacional a reunir ONGs e entidades sem fins lucrativos que concentra a sua atuação, em nível global, na luta pelo fim da discriminação por orientação sexual, e a Anistia Internacional especialmente por ser a ONG mais antiga reconhecida pela ONU como tal, além de vir realizando com incontestável

A carta chama a atenção para as supostas declarações de um alto comando da polícia que parecem aprovar ou encorajar os ataques contra membros da comunidade gay de Bagdá, o que constitui uma grave violação do direito e das normas internacionais de direitos humanos.

A Amnesty International lembra ao governo iraquiano o princípio fundamental do direito internacional dos direitos humanos, consagrado, entre outros documentos, nos tratados internacionais que o Iraque ratificou e, portanto, é obrigado a cumprir: “todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos” e têm todos os direitos e liberdades proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra condição, inclusive orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <<http://br.amnesty.org/?q=node/264>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

imparcialidade um incessante trabalho de defesa e promoção dos direitos humanos em todo o mundo.

O aparelhamento das relações internacionais apresenta três formas estruturadas e institucionais; a primeira trata-se das organizações internacionais intergovernamentais ou interestatais. A segunda, que não é objeto de nossa pesquisa, são as empresas ou sociedades transnacionais. A terceira são as organizações não governamentais (ONGs). Atualmente, o cenário internacional apresenta intensas modificações quando comparado com os séculos anteriores. Até o início do século XX, os atores dos sistemas das relações internacionais restringiam-se aos Estados e as corporações transnacionais que defendiam interesses econômicos, em particular mercantilistas.

É incontestável a transformação pela qual passou o plano internacional, assinalado especialmente pela passagem de uma pluralidade de sociedades internacionais particulares ou regionais para uma sociedade única em âmbito planetário.

Neste sentido, Truyol y Serra (2008) reconhece e aponta o mérito europeu em ter descoberto e incorporado na vida internacional comum continentes e regiões que até então não participavam da mesma, ao mesmo tempo que foi estabelecendo relações cada vez mais próximas com outros centros da vida internacional ativa e, por conseguinte, contribuindo para a interdependência do gênero humano, fenômeno marcante da atualidade.

As primeiras mostras de solidariedade internacional nasceram com a religião. Ao ignorar as fronteiras nacionais, as ordens religiosas criaram atividades que se esquivavam ao controle dos Estados. Porém, foi no século XX que as ONGs se multiplicaram e atingiram muitos campos sociais.

O aparecimento das ONGs está atrelado ao grau de maturidade e participação da sociedade civil. Destarte, esse fenômeno nasce especialmente no mundo ocidental, mais especificamente na Europa Ocidental e na América do Norte. Os países do Sul apresentam-se, na maioria das vezes, como meros objetos da solidariedade das ONGs internacionais e não como sujeitos do processo. Trata-se, portanto, de uma manifestação de relação de poder internacional.

Na perspectiva de Semedo Silva (2005, p.1-2):

As relações sociais, tanto à escala micro, como num plano mais global, passam, actualmente, por processos de integração comunitária e fragmentação social. Estas contradições, ou dualismos, que são, naturalmente, fruto dos processos de globalização, estão na base da profunda mutação que caracteriza a sociedade contemporânea.

Entre as várias dimensões que compõem a nova morfologia da sociedade e, mais especificamente, das suas relações de sociabilidade, existe uma que merece especial

destaque no âmbito desta reflexão. Se, de facto, devemos admitir a existência de novos desafios sociais para as relações internacionais, seria impensável não considerar a multiplicação das formas dos grupos sociais, especialmente daqueles que se constituem como modalidades de formas de representação e de mediação social e política e que, ainda assim, não devem ser confundidos com partidos ou com coligações que gerem as políticas nacionais. Trata-se, por isso, de um meio caminho entre programas políticos e situações sociais. Refiro-me ao surgimento das Organizações não Governamentais (ONGs), reconhecidas pelos governos e pelos organismos internacionais como mediadores legítimos entre os cidadãos e os Estados.

As ONGs são um fato tão recente quanto amplamente difundido, e conforme indica sua nomenclatura, seus integrantes são particulares e não Estados. Portanto, suas características se assemelham a das empresas transnacionais. Não obstante, há uma diferença significativa: as ONGs não possuem fins lucrativos. Por conseguinte, as ONGs internacionais podem ser definidas como sendo as “organizações privadas, movimentadas pela solidariedade transnacional, sem fins lucrativos”.

De acordo com Nguyen, Daillier e Pellet (2003, p. 660):

Para distinguir claramente as organizações não governamentais das companhias multinacionais [...] É necessário tomar em consideração igualmente as finalidades da organização: as organizações não governamentais não têm fins lucrativos; o seu objectivo é a tentativa de inflectir ou corrigir a acção dos sujeitos de direito internacional, em princípio por uma acção que englobe vários Estados (pelo menos dois, segundo o artigo 1.º da Convenção de Estrasburgo de 1986). Esta definição torna-se extremamente abrangente. A diversidade de objectivos perseguidos é quase infinita [...] A diversidade das organizações não governamentais é também notável no que respeita à sua dimensão, à sua organização interna - mais ou menos descentralizada - e ao seu impacto sobre as relações internacionais. Algumas delas têm milhões de membros, pelo menos indirectamente (federações sindicais), muitas outras têm milhares (associações caritativas e humanitárias), a maior parte algumas centenas ou dezenas. Algumas contam com o apoio aberto da opinião pública às suas iniciativas, outras preferem iniciativas mais discretas para conservarem a simpatia dos governos. Determinadas organizações não governamentais puderam adquirir uma independência total e estão aptas a negociar com os governos, outras fazem o papel de verdadeiros serviços públicos internacionais [...].

Em parecer datado de 27 de fevereiro de 1950, o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) definiu, as organizações não governamentais como sendo "qualquer organização internacional que não é criada por via de acordo internacional" e por esta razão deve ser "considerada como uma organização não-governamental internacional". Esta definição por via da negação concebe como "acordo internacional" aquele decorrente do direito internacional público.

Com atividades voltadas para questões de interesse público, as ONGs são associações de direito privado que promovem ou defendem valores e interesses morais, religiosos, ideológicos ou culturais. Inicialmente são organizadas em âmbito nacional. Deste modo, elas

repousam formalmente sobre o direito interno do Estado onde se encontram, mas podem, tendo em conta da natureza de seus objetivos, desempenhar atividades internacionais.

Portanto, as ações destes organismos nacionais privados, dotados de objetivos sociais, é que permitem sua transformação em ONGs internacionais.

O fenômeno das ONGs também tem afetado os Estados, pois considerando que o aparecimento destas é conseqüência dos limites lacunas e do poder público, este é provocado a desempenhar uma influência sobre as ONGs. Por vezes através do financiamento de suas atividades ou outras formas de apoio, os Estados tentam orientar as ONGs. Até mesmo, utilizam-nas em atividades, especialmente humanitárias, ambientalistas e de direitos humanos, onde uma ingerência aberta de um Estado sobre outro é legalmente impraticável e politicamente desgastante.

È importante lembrar que algumas ONGs podem vir a possuir um estatuto de órgão consultivo, ou seja, “*status* consultivo”, junto a determinadas organizações internacionais.

Neste sentido, a Carta das Nações Unidas regulamenta as relações da ONU com as ONGs. Para tanto, assim dispõe a Carta:

Art.71. O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro de sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o Membro das Nações Unidas interessado no caso.

O ativismo dos direitos humanos feito por ONGs de alcance universal vai iniciar entre os anos 70 e 80, e as organizações pioneiras em utilizar o plano internacional para suas atividades, originam-se nos países ocidentais, com democracias mais antigas. É a partir de então, quando se inicia um processo de democratização de regimes autoritários em todo o mundo, em 1974 na Grécia, Portugal em 1975, Espanha em 1977, alguns países da América Latina durante a década de 80, e em 1989, o fim do socialismo real e a queda do muro de Berlim.

Segundo Matias (2005, p. 449-450):

O maior crescimento das ONGs coincide com o período de aceleração do processo de globalização. Nesse sentido, seria possível afirmar que elas surgem como reação a esse processo. A aparição de problemas transnacionais, por exemplo os de caráter ambiental - como o aquecimento global, a destruição da camada de ozônio e a poluição transfronteiras -, levam ao surgimento de ONGs transnacionais e de alianças entre diversas ONGs em todo o mundo. Essas seriam a resposta da

sociedade civil à intensificação da interdependência dos povos, que estaria na origem da formação da sociedade civil transnacional [...].

Uma das consequências desse processo é o fortalecimento de valores considerados “universais” – os quais são defendidos pela sociedade civil transnacional, mas adotados também pela chamada “comunidade internacional”. ONGs de defesa dos direitos humanos, grupos pacifistas e ecologistas, associações caritativas e de médicos, entre outras, procuram proteger antes de mais nada a vida humana, o que faz que as ideias por elas defendidas tenham um apelo moral universal. Em áreas como essas, seria possível afirmar que os interesses defendidos por determinadas ONGs não seriam exclusivamente os interesses dos grupos que elas representam, mas sim os interesses da humanidade.

Com efeito, a atuação em países com regimes democráticos permite às ONGs estarem mais presentes, ativas e influentes na comunidade internacional, e mais diretamente engajadas em processos de implantação de políticas intergovernamentais.

Assim, surge em 1961 na Inglaterra a Anistia Internacional, a Human Rights Watch, em 1978, nos Estados Unidos, e os Médicins sans Frontières na França, em 1971. A ONU, por sua vez, dá o reconhecimento público a essa militância, quando em 1968, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), as reconhece sob a nomenclatura de ONGs, isto é, o que não é Governo.

A participação, de organizações não governamentais (ONGs) de Direitos Humanos nos trabalhos desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), dependia, desde 1968, de regras e procedimentos previstos pela Resolução 1296 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC). O documento estabelecia qual tipo de ONG poderia obter qual tipo de “status consultivo”, os direitos e obrigações advindas de tal qualidade, condições de revogação e suspensão da mesma, o papel e funções do Comitê de Organizações Não governamentais do ECOSOC, e as responsabilidades da ONU perante o relacionamento estabelecido com as entidades.

Em 1993, o ECOSOC, criou um grupo de trabalho “*ad hoc*”, ao qual foi atribuída autoridade para elaborar uma revisão do modelo existente e estruturar um novo ordenamento relativo ao “*status consultivo*”, atualizado às recentes mudanças ocorridas no relacionamento entre a ONU e as ONGs.

Em 1996, o ECOSOC adotou a Resolução 1996/31, fruto do processo de revisão elaborado por três anos sobre o sistema consultivo da ONU. O novo ordenamento inclui: requerimento à Assembleia Geral para que reexamine a questão da participação de ONGs nas demais áreas de trabalho da ONU, não somente no ECOSOC; torna as ONGs nacionais, regionais e sub-regionais, bem como as nacionais filiadas a ONGs internacionais, capacitadas para pleitear o “*status consultivo*”; modifica a nomenclatura das categorias de “*status consultivo*” – de Categoria I e II para Geral e Especial; estabelece um procedimento padrão

para a participação de ONGs nas conferências internacionais realizadas pela ONU; e, por fim, expande a competência do Comitê de Organizações Não governamentais do ECOSOC¹⁶³.

Conforme já abordado no capítulo anterior, vale recordar que a obtenção do *status* de organismo consultivo das Nações Unidas constitui a maior aspiração do movimento LGTB no âmbito do ECOSOC. Não obstante, só muito recentemente é que o reconhecimento dos direitos do coletivo LGBT, foi incorporado ao discurso das Nações Unidas. E, atualmente, apesar do posicionamento contrário de alguns países membros da ONU, algumas ONGs de defesa do coletivo LGBT têm obtido o almejado “*status consultivo*” na organização¹⁶⁴.

Neste sentido, vale destacar o trabalho que vem sendo realizado pela ILGA – Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transesuais e Intersexos – que é uma federação mundial que congrega grupos locais e nacionais dedicados à promoção e defesa da igualdade de direitos para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersex (LGBTI) em todo o mundo.

Fundada em 1978, como IGA, Associação Internacional Gay, a organização conhecida nos últimos 22 anos como ILGA, Associação Internacional de Lésbicas e Gays, conhecida atualmente como "ILGA, Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo" conforme votado por ativistas LGBTI reunidos por ocasião da sua 24ª conferência mundial em Viena, Áustria, entre os dias 3 e 6 de Novembro de 2008¹⁶⁵.

Atualmente, a ILGA reúne entre seus membros mais de 670 organizações, representando, assim, mais de 110 países, oriundos de todos os continentes. De pequenas coletividades a grupos nacionais, a ILGA chega a reunir, entre seus membros, até mesmo

¹⁶³ A Resolução mantém duas categorias de *status consultivo*, as quais se destinam a diferentes espécies de ONG. O *status consultivo* Geral destina-se a ONGs internacionais, cuja ampla atuação abranja grande parte dos trabalhos desenvolvidos pela ECOSOC. ONG que tenham competência em apenas alguns dos assuntos abordados pela agenda da ECOSOC, recebem o *status consultivo* Especial. Tais categorias, Geral e Especial, substituem as Categorias I e II, respectivamente, originárias da antiga Resolução 1296. As ONGs, porém, que não se qualificam para o *status consultivo* junto ao ECOSOC, mas que sejam importantes para alguma agência especializada da ONU, podem ser incluídas em uma lista especial do ECOSOC.

Os direitos conferidos atualmente às ONGs, relacionadas nas diferentes categorias de *status consultivo*, diferem dos estabelecidos pela Resolução 1296 em um importante aspecto: a participação junto ao ECOSOC, suas comissões, ou órgãos subsidiários, pode ser complementada para incluir outras modalidades de participação. De forma não explícita, este princípio confere a flexibilidade necessária para que a ONU continue criando práticas inovadoras para a promoção dos Direitos Humanos, tais como painéis e diálogos com delegações governamentais ou não-governamentais representativas.

ONU.ECOSOC Resolution 1996/31. **Consultative Relationship between the United Nations and non-governmental organizations**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/coordination/ngo/Resolution_1996_31/index.htm>. Acesso em: 08 fev. 2010.

¹⁶⁴ Cf. Nota 52 do capítulo 1.

¹⁶⁵ ILGA. **24ª Conferência Mundial em Viena**. Disponível em: <http://old.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=5&FileID=1200&ZoneID=28&FileCategory=41>. Acesso em: 08 fev. 2010.

cidades inteiras, sem contar que é a única federação internacional a reunir ONGs e entidades sem fins lucrativos que concentra a sua atuação, em nível global, na luta pelo fim da discriminação por orientação sexual.

Esta organização é basicamente uma rede formada por ativistas, e o seu sucesso se deve a uma extensa gama de progressos e conquistas dos seus vários membros. Assim, de acordo com sua Constituição qualquer organização, entidade comercial ou indivíduo interessado na promoção da igualdade de direitos para as pessoas LGBTI, pode solicitar a sua inscrição como membro da ILGA. Ademais, seus membros se reúnem a cada um ou dois anos, em uma conferência mundial, para uma avaliação dos seus trabalhos¹⁶⁶.

Vale ressaltar que a 24ª Conferência Mundial realizada em Viena, em 2008, e que coincidiu com o 30º aniversário da ILGA, centrou-se na construção de associações regionais de ativistas de África, da Ásia, e da América Latina, bem como no afastamento da tradicional representação binária de gênero. Com aproximadamente 200 ativistas de 81 países, esta 24ª

¹⁶⁶ Assim dispõe seu Estatuto constitutivo em relação à sua constituição, metas e objetivos:

[...]

C2. CONSTITUIÇÃO

C2.1. Fica criada uma organização internacional sem fins lucrativos denominada "International Lesbian and Gay Association" ou "ILGA" na sua forma abreviada. A associação é constituída por prazo indeterminado. Ela está coberta pela lei belga de 25 de Outubro de 1919.

C2.2. A sede situa-se na Bélgica, no bairro de Bruxelas, 1000 Bruxelas, rue Marché-au-Charbon, 81. A sede da associação pode ser transferida em qualquer lugar na Bélgica, por decisão da Diretoria Executiva, publicada no *Moniteur belge* (diário oficial).

C2.3. As línguas de trabalho da ILGA são Inglês e Espanhol.

C3. METAS E OBJETIVOS

C3.1. Os fins e objetivos da ILGA são:

C3.1.1. Trabalhar para a igualdade de lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais e libertação de todas as formas de discriminação;

C3.1.2. Para promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo a eliminação de todas as formas de discriminação, incluindo também a realização das disposições específicas dos seguintes instrumentos internacionais de direitos humanos: O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres;

A Convenção sobre os Direitos da Criança

C3.2. Para alcançar estas metas, a ILGA deve:

Criar uma plataforma para lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais internacionalmente, na sua busca de reconhecimento, da igualdade e da libertação, em particular através do mundo e conferências regionais;

Trabalhar para a representação paritária em todas as regiões para as lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais na nossa busca de reconhecimento, igualdade e libertação;

Dar localmente iniciado e decidido apoio para as nossas organizações em todas as partes do mundo;

Coletar informações de investigação de conduta, publicar material e organizar seminários, treinamento, palestras e conferências especializadas;

Oferecer facilidades para a coordenação de atividades e ações.

[...]

Cf.: **INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA)**. Geneva 2006 Conference Constitution. Disponível em: <<http://ilga.org/ilga/en/article/857#CONSTITUTION>>. Acesso em: 09 fev. 2010.* Tradução do autor.

conferência reuniu um número equilibrado de participantes de quase todas as regiões do mundo, graças a um esquema de bolsas que permitiu a participação de 120 ativistas do Sul Global. A ILGA convidou os quadros regionais da ILGA Ásia, ILGA LAC (América Latina e Caribe), e a Pan África ILGA, que foram eleitos por ativistas durante as conferências regionais dos últimos dois anos em Johannesburgo, Lima e Chiang Mai. Os organizadores da conferência também dedicaram um esforço especial para assegurar a participação de ativistas da região do Caribe. Isto permitiu que estes grupos regionais organizassem reuniões regionais e inter-regionais, para discutir e fazer progressos dentro da estrutura global da ILGA.

Neste sentido, afirma Gloria Careaga (México), que foi eleita co-secretária geral da ILGA juntamente com Renato Sabbadini (Itália): “A ILGA mostrou realmente a sua faceta internacional, fiel à diversidade no nosso movimento com ativistas representados igualmente por região, identidade de gênero e orientação sexual. Vamos continuar a trabalhar para termos ativistas africanos, asiáticos, latino-americanos e caribenhos a organizar a sua própria estrutura da ILGA a nível regional, para que os ativistas gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexos de cada região do mundo possam falar por si próprios”¹⁶⁷.

E acrescenta Renato Sabbadini: “É particularmente importante que nós, enquanto associação global nos comprometamos a ajudar ativistas a auto-organizarem-se localmente: não deverá nunca ser defensável que a homossexualidade é uma importação ocidental: se necessário for, a nossa associação e suas 600 organizações de 111 países são a prova viva que o amor entre pessoas do mesmo sexo existe em todos os países, apesar das muitas leis que nos criminalizam em todo o mundo”¹⁶⁸.

Além disso, durante a referida conferência os participantes também discutiram o caminho a seguir dos assuntos LGBTI nas Nações Unidas e outros fóruns internacionais como reunião dos Chefes de Governo da Commonwealth, ou a revisão da conferência de Durban, no seguimento da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia, e Intolerância Conexa das Nações Unidas em 2001. “A ILGA irá continuar a trabalhar ao mesmo nível do trabalho efetuado anteriormente, para assegurar que tanto a identidade de gênero como a orientação sexual sejam devidamente tratadas dentro do sistema das Nações Unidas”, diz Gloria Careaga. A ILGA trabalha em conjunto com outras ONGs de direitos

¹⁶⁷Cf. ILGA. **24ª Conferência Mundial em Viena**. Disponível em:<http://old.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=5&FileID=1200&ZoneID=28&FileCategory=41>. Acesso em: 08 fev. 2010.

¹⁶⁸ *Ibidem*

humanos como a Anistia Internacional, Arc Internacional, Global Rights, Human Rights Watch e IGLHRC (Comissão Internacional de Direitos Humanos de Gays e Lésbicas)¹⁶⁹.

Um outro trabalho bastante significativo, especialmente no campo da informação, tem sido a publicação desde 2007, do já mencionado neste capítulo, Relatório Homofobia do Estado. Pelo terceiro ano seguido, ILGA publica um relatório anual sobre a Homofobia Patrocinada pelo Estado. Objetivando nomear e expor à vergonha os Estados que, no final da primeira década do século XXI continuam a tratar os seus cidadãos LGBTI como pessoas de menor importância ou indignas de consideração. Enfatizando, ainda, que a desonra recai inteiramente sobre esses Estados, porque deles é a vergonha de privar um número significativo dos seus cidadãos de dignidade, respeito e igualdade¹⁷⁰.

No âmbito regional Europeu, vale destacar o trabalho de informação difundido através do *Euro-letter*, um boletim eletrônico mensal publicado pela ILGA-Europa – a estrutura regional europeia da Associação Internacional de Lésbicas e Gays, com o apoio da Comunidade Europeia – A União Europeia contra a Discriminação.

Segundo a organização, o conteúdo do *EuroLetter* tem o propósito de divulgar informação factual e de confiança respeitante à situação política, legislativa e legal nos países europeus, de relevo para o coletivo LGBT. As fontes de informação da *EuroLetter* são, basicamente, a rede de pessoas espalhadas por toda a Europa, que envia informação relevante sobre um novo desenvolvimento ocorrido, e artigos publicados na imprensa (encontrados na Internet), informação de listas de correio eletrônico LGBT e outros¹⁷¹.

No âmbito regional da América latina e Caribe, a ILGA-LAC reúne mais de 170 organizações latino-americanas e caribenhas destinadas à defesa dos direitos humanos e à igualdade de direitos civis de lésbicas, gays, bissexuais, pessoas transgênero e intersexuais.

Atenta à necessidade de dialogar cada vez mais no e com o mundo moderno, com encontros específicos de cada letra da sigla colorida e outros sobre Saúde, Mídia, Poder Executivo, Direitos e Política, a ILGA-LAC realizou em janeiro de 2010 em Curitiba – Brasil, sua V Conferência Regional.

¹⁶⁹ *Ibidem*

¹⁷⁰ OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado:** uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf>. Acesso em: 05 out. 2010.

¹⁷¹ Cf. ILGA-Europa. Disponível em: <http://www.ilga-europe.org/europe/publications/euro_letter>. Acesso em: 10 fev. 2010.

A Conferência foi um momento importante no sentido de reunir as experiências boas e ruins de 400 participantes latino-americanos e caribenhos em busca de respeito e dignidade¹⁷².

Não menos importante tem sido o trabalho da Anistia Internacional, que desde 1961, quando foi criada, trabalha em todo o mundo a fim de erradicar as violações dos direitos humanos.

O respeito conquistado por esta organização ocorre, sobretudo, em razão de sua independência com relação aos poderes constituídos graças à convicção da necessidade e da correção de suas atitudes, além de um trabalho conduzido sobre bases éticas frente a situações fáticas irrefutáveis. Muitos governos que desobedecem às regras mínimas são objeto de críticas incisivas por parte da Anistia.

De acordo com Semedo Silva (2005, p. 3):

[...] A AI, Prêmio Nobel da Paz em 1977, tem, pela sua prática, pela extensão das suas actividades e pela coerência dos seus objectivos, obtido um prestígio que faz dela uma das principais forças transnacionais que operam no domínio da protecção dos direitos do homem. Este domínio é extremamente problemático, principalmente se tivermos em conta que a sua defesa interfere muita das vezes com a soberania dos Estados, aliás, "o limite mais claro que se pode impor à soberania dos Estados está no direito de os proibir de disporem arbitrariamente das liberdades essenciais"⁶. O grande actor da cena internacional vê agora a sua posição ameaçada pelas múltiplas crises e numerosos desafios que o enfraquecem, nomeadamente, o choque com "novos actores que acumulam, por sua vez, recursos cada vez mais conseqüentes". Esta ONG surge, neste contexto, com a possibilidade de ser encarada como um forte movimento social, na perspectiva de Rocher ou Tourame, como um movimento sociopolítico, segundo Offe, ou como uma prática inserida no movimento de globalização contra-hegemônica, na perspectiva de Boaventura Sousa Santos.

A Anistia Internacional como uma organização não governamental de base internacional que defende os direitos humanos, tem exercido um papel especial e útil no tocante à situação dos direitos do coletivo LGBTI dentro do contexto geral dos direitos humanos não como direitos especiais, mas como direitos fundamentais garantido a todos e a cada um dos membros da sociedade.

¹⁷² Um dos problemas mais graves ainda enfrentados pelos LGBT, a trans-lesbo-homofobia ganhou destaque e diferentes ângulos de discussão – este ódio nas escolas, em seminário encabeçado pela Aliança Para Educação de Gays e Lésbicas (GALE); e na sociedade em geral, com o grupo de trabalho “Crimes de ódio, discriminação e violência”, formado pelo decano do movimento Luiz Mott, a militante trans venezuelana Tamara Adrian e o mexicano Antonio Medina.

No plano governamental, o Governo brasileiro marcou presença no encontro com a apresentação de resultados de seus planos desenvolvidos para a população LGBT. O principal foco continua sendo a área da Saúde, com a luta contra a epidemia de HIV/Aids, principalmente entre os homens que fazem sexo com homens (HSH) e as travestis. Mas o foco vai ser ampliado e pretende atingir também um grupo que vem cada vez mais sendo infectado, o das mulheres. Isso porque o Governo percebeu por meio de pesquisas apresentadas pela militante transexual feminista Barbara Graner que o vírus HIV está cada vez mais presente entre as mulheres. Cf. ILGA-LAC. Disponível em: < <http://ilga.org/ilga/pt/article/mgMa9gW116>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

Assim, em 1994, esta organização lançou um importante relatório em que rompe o silêncio que tem mascarado a opressão de muitas pessoas por causa de sua homossexualidade, um silêncio que permitiu aos governos matar, torturar e realizar detenções arbitrárias, e sugere medidas para construir um futuro diferente.

O “Relatório Rompamos el silencio. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual” de 1994, teve efeito bastante impactante à época de sua publicação. Contudo, pelos fatos que denuncia, infelizmente me parece bastante atual, o que leva a crer que violações de direitos humanos baseadas em orientação sexual, persistem em todo o mundo, ou ainda pior, talvez tenha até aumentado em alguns países, a despeito de campanhas governamentais e não governamentais.

Neste sentido, assim inicia o relatório:

En Brasil fue hallado en un basurero el cadáver mutilado y decapitado de un político municipal que poco antes había hecho pública su bisexualidad, lo cual había dado lugar a una campaña política para destituirlo.

En Grecia fue condenada a cinco meses de prisión y a pagar una multa la editora de una revista de gays y lesbianas por publicar un comentario en el que alguien se preguntaba por qué hay tantos hombres que desean mantener correspondencia con lesbianas; el tribunal dictaminó que ese comentario ofendía al sentido público de decencia y a la moral sexual.

En México, dos activistas gays dedicados a la educación sobre el sida, a los que se imputan cargos falsos, son acosados, arrestados y apaleados por las autoridades.

En Estados Unidos, una mujer pierde la custodia de su único hijo porque un juez de Virginia dictamina que, por ser lesbiana, es por definición incapaz de actuar como madre, basándose en el hecho de que en ese estado las relaciones sexuales con personas del mismo sexo son actos delictivos [...].

Além disso, o documento faz diversas recomendações aos governos para a proteção de gays e lésbicas, dentre outras¹⁷³:

Que pongan en libertad, de forma inmediata e incondicional, a todos los presos de conciencia, incluidos a todos aquellos encarcelados por su identidad homosexual, por actos homosexuales realizados en privado entre adultos y de mutuo acuerdo, por defender los derechos de los homosexuales (incluidos en el contexto de la educación sobre el VIH y el sida), o bajo el pretexto de acusaciones de homosexualidad.

Que revisen la legislación, incluidas las leyes sobre sodomía (y que las enmienden y deroguen cuando sea necesario), que tenga como consecuencia la detención de personas a causa de su identidad homosexual o por actos homosexuales realizados entre adultos de mutuo acuerdo y en privado. Esta revisión debe extenderse también a toda ley que implique el encarcelamiento de defensores de los derechos de los homosexuales.

Que demuestren su compromiso con la protección de los derechos humanos de todas las personas, lesbianas y gays incluidos, ratificando los instrumentos internacionales

¹⁷³ Cf. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 1994. **Rompamos el silencio**. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual. Madrid: Amnistía Internacional (EDAI), 1994.

para la protección de los derechos humanos con las mínimas reservas posibles. Entre estos instrumentos internacionales figuran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando los gobiernos presenten sus informes a los órganos internacionales y regionales encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados deberían incluir también información sobre los puntos siguientes: las posibilidades reales de las lesbianas y los gays para gozar de derechos y libertades, las medidas que se están adoptando en los ámbitos nacional y local para eliminar obstáculos al pleno ejercicio de los derechos y libertades de los gays y las lesbianas, así como las que se están poniendo em marcha para su protección.

Já em 2001, a Anistia Internacional lança o Relatório “Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, denunciando a situação pessoas gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros e em todo o mundo que sofrem perseguição e violência simplesmente pelo que elas são. Este relatório, foi publicado como parte da Campanha Mundial Contra a Tortura da Anistia Internacional e constitui um aporte para o crescimento destes esforços internacionais para abolir com a violência infligida a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros¹⁷⁴.

Também não se pode olvidar o Informe de 2008 “Amor, odio y ley. Despenalizar la homosexualidad”. Este documento analisa os diferentes aspectos legais da criminalização da homossexualidade, compreendidos os aspectos menos diretos que podem não criminalizar de forma explícita a conduta sexual entre pessoas do mesmo sexo¹⁷⁵.

O documento proporciona um painel sintético da criminalização da homossexualidade. Expõe as diferentes justificativas de que se utilizam para a criminalização, abrangidos os motivos relacionados com a moralidade, a saúde pública e a proteção de menores, e utiliza exemplos de como, até mesmo quando estão inativas, estas disposições afetam a vida de milhares de pessoas em países de todo o mundo. Ressalta também, que há dados positivos, tanto no plano nacional como no internacional, e mediante a análise destes obstáculos subjacentes e da maneira como foram superados é possível delinear um caminho para a realização plena dos direitos humanos sem discriminação baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero. No entanto, o próprio documento adverte que não oferece um estudo

¹⁷⁴ Cf. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 2001. **Crímenes de odio, conspiración de silencio**. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual. Amnistía Internacional (EDAI), 2001. Disponível em: <<https://doc.es.amnesty.org/>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

¹⁷⁵ Cf. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 2008. **Amor, odio y ley**. Despenalizar la homosexualidad. Amnistía Internacional (EDAI), 2008. AI: POL 30/003/2008. Disponível em: <<https://doc.es.amnesty.org/>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

das leis e práticas que direta ou indiretamente criminalizam as pessoas por práticas homossexuais consensuais e, por associação errônea, às pessoas transgênero, qualquer que seja sua orientação sexual. E acrescenta que, um estudo dessa natureza requer uma pesquisa profunda e detalhada do direito penal, na qual se analise especificamente, dentre outros aspectos: que ações se criminalizam; como interpretam as leis de redação imprecisa os funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, e como se interpretam nos ordenamentos jurídicos; como se criminaliza de maneira distinta o comportamento sexual real ou atribuído, à expressão de gênero e as reivindicações de identidade sexual ou de gênero segundo afetem a mulheres, homens ou pessoas transgêneros, etc.

Em sua parte final, o documento faz várias recomendações aos Estados, muitas delas, retiradas dos Princípios de Yogyakarta. Ademais, contém ainda um apêndice que trata da aplicação da pena de morte por relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo e enumera os países onde essa pena é aplicada. Assim dispõe o documento em sua página 69¹⁷⁶:

[...] en siete países – Arabia Saudí, Irán, Mauritania, Nigeria en los estados que aplican la shari’a (ley islámica), Qatar, Sudán y Yemen– las relaciones sexuales consensuales entre hombres pueden incurrir en la pena de muerte. En cuatro países – Arabia Saudí, Irán, Nigeria en los estados que aplican la shari’a (ley islámica) y Qatar–, las mujeres pueden ser condenadas a muerte por lesbianismo.

Finalmente, o documento conclui com as seguintes palavras¹⁷⁷:

Al institucionalizar la discriminación, las leyes que penalizan la homosexualidad refuerzan la desventaja sistémica de las lesbianas, los hombres gays y las personas bisexuales, así como de las personas transgénero. Las leyes actúan como incitación oficial a la violencia contra tales personas o como justificación de esa violencia, ya sea bajo custodia, en la cárcel, en la calle o en el ámbito familiar. Estas leyes permiten que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley invadan los domicilios particulares de personas que presuntamente mantienen relaciones sexuales consensuales con personas del mismo sexo. Pueden tener como resultado la impunidad por detenciones arbitrarias basadas en denuncias relacionadas con la orientación sexual, en rumores sobre el comportamiento sexual o en objeción a la presentación de género, con escasas o nulas consecuencias por la comisión de actos de tortura u otros malos tratos. Individuos o grupos homofóbicos y transfóbicos entienden estas leyes como un permiso para perseguir a personas, organizaciones y actos de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero. Las personas supervivientes de abusos contra los derechos humanos pueden no disponer de recurso a la justicia y ser privadas de acceso a resarcimiento. Sin la protección fundamental de la legalidad, es imposible que los y las activistas formen organizaciones y hagan campaña por el derecho a llevar a cabo prácticas sexuales consensuales con personas del mismo sexo, o incluso que se reúnan en público. Y hasta el uso que hacen de Internet en privado puede utilizarse en procesamientos en su contra.

¹⁷⁶ Cf. *ibidem*, p. 69.

¹⁷⁷ Cf. *Ibidem*, p.72

Amnistía Internacional considera que las personas encarceladas únicamente por su orientación sexual o su identidad o expresión de género reales o supuestas – lo que incluye a las personas procesadas por mantener relaciones sexuales en circunstancias que no serían delictivas para personas heterosexuales – son presos de conciencia y deben quedar en libertad de forma inmediata e incondicional.

As pessoas LGBTI em todo o mundo ainda enfrentam discriminação em muitas áreas, tais como o emprego, acessos a cuidados de saúde, à habitação, a pensões, à Segurança Social e a bens e serviços. O mundo ainda está longe de ser um lugar onde as pessoas LGBTI possam considerar-se livres da discriminação, dos preconceitos e da violência. A discriminação edificada na orientação sexual e na identidade ou expressão de gênero ainda está presente, na maioria dos países do mundo – pelo fato de que as famílias de pessoas do mesmo sexo e os seus filhos ainda não são plenamente reconhecidos e tratados com dignidade e respeito – porque algumas pessoas LGBT ainda são objeto de observações carregadas de ódio, humilhação e até mesmo violência e homicídio. Por estas e outras razões, acreditamos que o trabalho das ONGs na defesa e promoção dos direitos humanos é imprescindível para a tão sonhada “cidadania plena do coletivo LGBTI”.

Neste contexto, a Anistia Internacional e a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexos (ILGA) LGBTI, têm demonstrado, através de suas atividades, uma grande preocupação em defender os direitos de todas as vítimas de discriminação fundada na orientação sexual ou na identidade ou expressão de gênero - promover os direitos à igualdade e a viver livre de qualquer forma de discriminação realizando atividades de *lobbying* e desenvolvendo campanhas, e educando e informando as instituições nacionais e internacionais, a mídia e a sociedade civil - reforçar a capacidade das organizações nacionais e internacionais que operam na esfera dos direitos humanos para lutarem contra a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade ou expressão de gênero através do desenvolvimento de redes de contatos, do reparte de informações e de atividades de formação.

Não obstante, são patentes os obstáculos encontrados pelas ONGs para a realização dos seus objetivos, principalmente quando nem todos almejam.

Nessa perspectiva afirma Semedo Silva (2005, p. 17):

A contradição e a dificuldade em atingir os seus objetivos surge quando nem todos os "querem". É então que a vitalidade do espaço público e as manifestações da "consciência universal", de que são exemplo os movimentos de opinião que pugnam pelo cumprimento dos Direitos Humanos e pela redução do sofrimento generalizado, veem minimizado o seu esforço e a emergência desta tendência. Depois surge uma impugnação da universalidade, a que se referem os adeptos do relativismo e do multiculturalismo, que "sustenta ser a pretensão de universalidade dos factores de

consciência uma forma de domínio, afirmando por isso a prevalência das tradições culturais nacionais e regionais, frequentemente tingidas de particularismos religiosos". Organizações como a AI procuram dar a entender que estas zonas de não-direito não deveriam existir, uma vez que "Reconhecer a dignidade intrínseca do ser humano significa antes de mais nada traçar uma linha de fronteira entre civilização e barbárie"

2.3 OUTROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Além dos Estados e organismos internacionais já mencionados neste trabalho, existem alguns pronunciamentos de outros organismos internacionais que, em virtude de sua incidência direta sobre o direito das pessoas LGBT, devemos tomar em consideração.

2.3.1 A Declaração de Montreal

Entre 25 de Julho e 5 de Agosto de 2006, realizaram-se em Montreal no Canadá, os primeiros "OutGames" Mundiais e a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de LGBT¹⁷⁸.

A conferência nomeada "O Direito de ser Diferente", realizada pelos Out Games, representada pelos quatro continentes com membros de 18 países diferentes, o que demonstra o grau que essa conferência teve ao debater sobre a comunidade LGBT de todo o mundo¹⁷⁹.

Nela foram realizados workshops com temas como os direitos LGBT no desporto, família e saúde. A conferência foi presidida por Joke Swibel, membro holandês do Parlamento Europeu desde 1999 e presidente do Gay and Lesbian Intergroup e por Robert Wintermute, professor de direitos humanos no King College de Londres.

Desta Conferência derivou uma declaração conhecida como Declaração de Montreal, que abriga as reivindicações do movimento LGBT mundial.

A Declaração está estruturada em um Preâmbulo e cinco itens. Em seu Preâmbulo, o referido documento, partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu princípio

¹⁷⁸ A segunda versão dos "OutGames" e Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de pessoas LGBT, ocorreu, na cidade de Copenhague, Dinamarca, entre 25 e 29 de Julho de 2009. Sob o lema "Love of Freedom – Freedom to Love" (Amor de Liberdade – Liberdade para Amar), a conferência esteve focada especialmente em determinados desafios políticos, culturais e problemas do meio LGBT. Vale ainda, ressaltar que nesta conferência o Brasil foi convidado de honra.

¹⁷⁹ Com efeito, é interessante verificar no ANEXO B, palestra conferida pela Desembargadora Maria Berenice Dias embaixatriz do Brasil e única representante do País no 1º World Outgames Montreal 2006. A magistrada gaúcha, proferiu a palestra intitulada "Brasil sem homofobia?".

de não discriminação, denuncia a situação de discriminação e violência em que vivem as pessoas LGBT no mundo e por isso enumera e explica as mudanças que se fazem necessárias elabora um plano de ação em escala mundial. Assim dispõe a Declaração em seu Preâmbulo¹⁸⁰:

[...] a maioria dos países ainda não aceitam dois outros aspectos da diversidade humana: Que as pessoas têm orientações sexuais diferentes e identidades diferentes de gênero; que duas mulheres ou dois homens podem sentir amor um pelo o outro; e que a identidade de uma pessoa, como mulher ou homem ou nenhum, nem sempre são determinados pelo tipo de corpo em que eles nascem.

A recusa de aceitar e respeitar estas diferenças significa que a opressão das pessoas LGBT é ainda uma realidade diária em varias partes do mundo. Em alguns países, discriminação e violência contra as pessoas LGBT pioram. Mas cada vez mais, indivíduos corajosos e grupos lutam pelos direitos humanos LGBT em todas as regiões do mundo [...] O propósito desta declaração é alistar e explicar as mudanças de que nós necessitamos, e construir uma agenda para ação global.

Em seu item 1 a Declaração trata dos “Direitos Fundamentais”, considerando que “ a primeira exigência é salvaguardar e proteger os direitos básicos das pessoas LGBT, direitos que são bem estabelecidos e que legalmente não admitem controvérsia”. Dentre eles solicita: (a) Proteção contra a violência do Estado e da violência privada; (b) Liberdade de expressão, assembleia e a associação; (c) Liberdade de empenhar (engajar) em atividade sexual (privada, consensual entre adultos) do mesmo sexo.

Destarte, de uma maneira concreta, no referido item se exige um fim imediato na prática da pena de morte mundial – especialmente para o assim chamado "crime" da atividade sexual consensual entre dois adultos do mesmo sexo; que governos nacionais e organizações internacionais desenvolvam e implementem políticas eficientes para prevenir, investigar e punir crimes de ódio baseado em orientação sexual ou identidade de gênero; que organizações internacionais (nos níveis regionais e globais) sistematicamente controlem a situação dos direitos humanos das pessoas LGBT e vastamente publique seus resultados; que governos nacionais e organizações internacionais façam seu desenvolvimento internacional de auxilio condicional baseado em progresso real concernente ao respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos humanos das pessoas LGBT e a revogação de todas as leis criminalizando toda atividade sexual, privada, consensual, entre adultos do mesmo sexo.

No item 2 se ocupa dos “Desafios Globais” que a sociedade defronta perante o futuro, abordando os seguintes temas: pandemia HIV/AIDS, destacando a necessidade de lutar de

¹⁸⁰ 1.ºS OUTGAMES MUNDIAIS E CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS DE LGBT. 2006, Montreal, Canadá. **Declaração de Montreal**. Disponível em: <<http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/coordenadorias/cads/DeclarationofMontreal.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

maneira decidida contra o HIV/AIDS em todos os níveis; o asilo, solicitando proteção para as pessoas que são perseguidas em seus países em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero; migração, solicitando direito de residência para os parceiros das pessoas LGBT e a incorporação dos direitos LGBT na agenda da ONU.

O item 3 trata da “Diversidade da própria comunidade LGBT” e a necessidade de protegê-la e respeitá-la como um valor em si mesma, destacando como objetivos concretos que se estimule a representatividade das mulheres lésbicas, que sejam ampliadas as relações estratégicas com o movimento da mulheres, que se instigue uma maior participação de pessoas procedentes do sul global e minorias étnicas e por fim, que assegurem plena inclusão das pessoas de transgêneras e assuntos relacionados.

O item 4 se refere à “Participação na Sociedade”, ressaltando o êxito e vitórias do movimento internacional dos direitos humanos LGBT em muitos países na luta contra regras e práticas discriminatórias como: a eliminação da homossexualidade da lista oficial de doenças psiquiátricas; a longa lista de países que aboliram leis criminais discriminatórias; novas cláusulas constitucionais de igualdade que explicitamente mencionam orientação sexual; o número crescente de países, estados, províncias, territórios, municípios ou cidades que proscreeveram discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero; o ainda pequeno, mas crescente, número de países que abriram matrimônio legal a parceiros do mesmo sexo, o aumento mais substancial no número de países que reconhecem parceiros do mesmo sexo registrados e outros mais.

Não obstante, enfatiza-se que tais êxitos são só parte da história, e são válidos somente para uma pequena parte do mundo e se reconhece que ainda há muito trabalho para ser feito.

Deste modo, solicita que todos os governos desenvolvam e implementem uma política inclusiva e compreensiva contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero em todos os setores da sociedade. Isto preferivelmente deve ser feito dentro da estrutura de uma política de antidiscriminação projetada a atacar todas as formas de discriminação em todas as esferas da vida em todas as áreas – mas sem guardar assuntos LGBT na gaveta.

O objetivo é atingir a igualdade legal e social, em áreas específicas como, trabalho, família, educação, assistência sanitária, meios de comunicação e a religião.

Por fim, o item 5 intitulado “Criando uma mudança social”, pede às organizações LGBT que continuem sua luta pelos direitos humanos LGBT e que promovam melhor cooperação, coordenação e solidariedade entre as comunidades LGBT dentro dos países, e por todo o mundo; chama os sindicatos, organizações profissionais e ONGs que trabalham com direitos humanos e bem-estar social a participarem da luta contra a discriminação, dando apoio, e

compartilhando recursos; pede às empresas nacionais e internacionais para conceder oportunidades iguais a seus trabalhadores LGBT, satisfazer as necessidades de seus clientes LGBT, e reconhecer sua responsabilidade social apoiando a luta global pelos direitos humanos LGBT; evoca às instituições religiosas e organizações não confessionais a ajudar seus membros LGBT a superar preconceitos tradicionais e lutar contra a homofobia dentro de seus próprios grupos e no mundo exterior; pede aos financiadores para assegurar auxílio de fundos para programas de ONGs trabalhando para a igualdade legal e social das comunidades LGBT, para que todos os objetivos da Declaração sejam alcançados; chama os governos nacionais a proteger os direitos e promover os interesses e bem-estar de todos seus cidadãos, incluindo seus cidadãos LGBT; convida a comunidade internacional para incluir direitos humanos LGBT na agenda internacional de direitos humanos, a apoiar e proteger defensores das causas LGBT de direitos humanos e, por último, mas não menos importante, solicita a todos os países no mundo, e a Organização das Nações Unidas, a reconhecer e promover o dia 17 de Maio de cada ano como o Dia Internacional contra a Homofobia.

2.3.2 Os Princípios de Yogyakarta

Conforme verificado no item “**Panorama da legislação mundial sobre orientação sexual**”, hoje em dia, são vários os países que possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não discriminação, sem distinção por motivo de sexo ou orientação sexual. No entanto, violações de direitos humanos de que são vítimas pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, formam um protótipo global e solidificado, que causa sérias preocupações. Essas violações abrangem execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego de educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos.

Reconhecendo esta situação, em novembro de 2006, em Yogyakarta, Indonésia, foi realizada uma conferência organizada por uma coalizão de organismos internacionais coordenada pela Comissão Internacional de Juristas¹⁸¹ e o Serviço Internacional de Direitos

¹⁸¹La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) dedica sus esfuerzos a garantizar la primacía, la coherencia y la puesta en práctica del Derecho Internacional, así como de los principios que promueven los derechos humanos. La Comisión se caracteriza por su imparcialidad, objetividad y reconocida competencia jurídica en la protección y promoción de los derechos humanos mediante el imperio del derecho.

Humanos¹⁸². Tal reunião, que contou com especialistas de 29 países, teve o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, com intuito de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados no tocante a essa temática. Ao fim dessa conferência, foi aprovada uma carta de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os chamados Princípios de Yogyakarta.

Os vinte e nove princípios elencados nesse documento reafirmam direitos fundamentais já reconhecidos a todas as pessoas em declarações de direitos, em leis e constituições de vários países, como dignidade, vida, integridade física e psíquica, segurança, igualdade, liberdades, trabalho, proteção social, moradia, educação, saúde, família, cultura, participação política, responsabilização de agentes de violações, acesso à justiça, dentre outros, mas que, na prática, são cotidianamente negados àqueles que expressam seus afetos, desejos e identidades fora dos padrões heteronormativos.

Os principais destinatários das orientações prescritas pelos Princípios de Yogyakarta são os Estados, aos quais são dirigidas recomendações para implementação dos direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero, com o reconhecimento de que direitos e prerrogativas não se esgotam nas legislações existentes.

Cabe observar que, também foi admitida a responsabilidade de membros da sociedade e da comunidade internacional, como diversos órgãos da ONU, instituições inter-

Con el fin de garantizar que en la evolución del derecho internacional se observan los principios de los derechos humanos y se ejecutan las normas internacionales en el ámbito nacional, la Comisión proporciona los conocimientos de sus expertos jurídicos, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

La Comisión Internacional de Juristas se fundó en Berlín, en 1952 y está compuesta por sesenta eminentes juristas que representan los diferentes sistemas jurídicos del mundo. El Secretariado internacional, con sede en Ginebra, se encarga de llevar a cabo los propósitos y objetivos de la Comisión y, para esta labor, cuenta con una red de secciones nacionales autónomas y de organizaciones afiliadas en todos los continentes.

Por sus contribuciones a la promoción y protección de los derechos humanos, la Comisión ha recibido importantes reconocimientos tales como el primer Premio Europeo de Derechos Humanos otorgado por el Consejo de Europa, el Premio Wateler de la Paz, el Premio Erasmus y el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Cf. **Comisión Internacional de Juristas**. Disponível em: <<http://www.icj.org/>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

¹⁸² O Serviço Internacional para os Direitos Humanos (ISHR) é uma organização internacional não governamental baseada em Genebra, no centro do sistema das Nações Unidas dos direitos humanos, com uma pequena sucursal em Nova York.

Sua visão é um mundo onde a ONU e sistemas regionais de direitos humanos efetivamente promover e proteger os direitos humanos de todos e onde todos defender os direitos humanos goza de proteção dos seus direitos.

Seu objetivo é apoiar a contratação de defensores dos direitos humanos com a ONU e sistemas regionais de direitos humanos. Por sua vez, ISHR também visa tornar estes sistemas mais eficazes, mais acessíveis aos defensores dos direitos humanos, e maior capacidade de resposta às suas preocupações.

Cf. **International Service for Human Rights (ISHR)**. Disponível em: <<http://www.ishr.ch/>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

governamentais, organismos nacionais de proteção, sociedade civil organizada, organizações humanitárias, profissionais, comerciais, meios de comunicação e financiadores, na concretização dos direitos humanos baseados nas disposições dos Princípios, dentro dos respectivos âmbitos de atuação.

Assim, os Princípios de Yogyakarta foram concebidos para guiar e estruturar a standardização internacional de mecanismos de combate às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Suas diretrizes revelam compromisso com a fomentação dos valores de igualdade e respeito à pessoa humana. Faz-se necessário promover os mais diversos tipos de atividades nessa área e, ampliar ações de cultura, educação, informação, orientação, como forma de reconhecimento da diversidade e promoção da cidadania. Ressalta-se que o sucesso dessas ações depende de um esforço conjunto de diversos atores sociais, como estados, sociedade civil organizada, movimentos ativistas, organizações não governamentais. Contudo, desafortunadamente, o que se tem verificado ao longo do tempo são omissões, que devem ser denunciadas.

A Declaração está estruturada da seguinte forma: uma introdução aos Princípios de Yogyakarta, um Preâmbulo, 29 princípios, 16 Recomendações adicionais e um apêndice.

Com efeito, conforme prescreve a mencionada introdução, estes princípios abordam a aplicação de distintas normas de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os princípios afirmam a obrigação primordial dos Estados de implementar os direitos humanos e finaliza enfatizando que “Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos”¹⁸³.

Em seu Preâmbulo, lembra que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que cada pessoa tem o direito de desfrutar os direitos humanos sem distinção de qualquer tipo, tal como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status” e que historicamente pessoas têm sido vítimas dessas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais,

¹⁸³ Cf. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, julho de 2007. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/>>. Acesso em: 18 out. 2010.

transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero¹⁸⁴.

No mesmo Preâmbulo, também está disposto que se entende por orientação sexual e identidade de gênero.

Deste modo, o documento considera que a “orientação sexual” se refere à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Por outra parte, considera que a “identidade de gênero” se refere à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

Ademais, ressalta que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres e, ainda mais, que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência.

Sendo assim, esta declaração adota uma série de princípios, por outro lado, como diz a própria declaração são princípios já consagrados em normas internacionais, mas nesta declaração são aplicáveis explicitamente às pessoas de todas as orientações sexuais e identidade de gênero.

Os vinte e nove princípios que compõem a declaração abarcam os seguintes direitos:

O direito ao gozo universal dos Direitos Humanos, dispondo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os

¹⁸⁴ *Ibidem.*

direitos humanos”. Este reconhecimento implica, para os Estados, a abolição de legislações restritivas para as pessoas LGBT¹⁸⁵.

O direito à igualdade e não discriminação, e assim dispõe em seu Princípio 2¹⁸⁶:

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico [...]

Além do mais, insta aos Estados consagrarem os princípios de igualdade e não discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, e a garantir a aplicação eficaz desses princípios.

O direito ao reconhecimento perante a lei, entendendo que a orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e, um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Este direito implica que “Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero”¹⁸⁷.

O direito à vida, que implica a revogação de todas as formas de crimes que tenham como objetivo ou efeito a proibição da atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e, até que esses dispositivos sejam revogados, nunca impor a pena de morte a nenhuma pessoa condenada por esses crimes; cancelamento

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ *Ibidem.*

das penas de morte e libertar todas as pessoas que atualmente aguardam execução por crimes relacionados à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento e eliminação de quaisquer ataques patrocinados pelo Estado ou tolerados pelo Estado contra a vida das pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e garantir que tais ataques, realizados por funcionários do governo ou por qualquer indivíduo ou grupo, sejam energicamente investigados, e que, quando forem encontradas provas adequadas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos.

Direito à segurança pessoal, que abrange a proteção do Estado perante todo tipo de violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

Direito à privacidade, sem ingerência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. Acrescentando que “o direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais¹⁸⁸”

Direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade, que implica a tomada de medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a orientação sexual e a identidade de gênero não possam, em nenhuma circunstância, constituir justificção para prisão ou detenção, inclusive eliminando-se dispositivos da lei criminal definidos de maneira vaga que facilitam a aplicação discriminatória ou abrem espaço para prisões motivadas pelo preconceito.

Direito a julgamento justo e aos recursos e ressarcimentos eficazes perante as violações de direitos humanos.

Direito a que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. Ressaltando-se que, a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

Direito de toda pessoa não ser submetida à tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito à proteção contra todas as formas de exploração, venda e tráfico de seres humanos.

¹⁸⁸ *Ibidem*

Direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social, sem discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito a um padrão de vida adequado, o que inclui o acesso aos meios de subsistência básicos, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito à habitação adequada, o que abrange a proteção contra o despejo, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito à educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero, e respeitando essas características. Ressaltando que os Estados devem tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que os métodos, currículos e recursos educativos sirvam para ampliar a compreensão e o respeito pelas diversas orientações sexuais e identidades de gênero, incluindo as necessidades particulares de estudantes, seus pais e familiares relacionadas a essas características.

Direito ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Destacando que a saúde sexual e reprodutiva é um aspecto fundamental desse direito.

Proteção contra abusos médicos de forma que “nenhuma pessoa deva ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas¹⁸⁹”.

¹⁸⁹ É curioso observar que recentemente, um grupo de "cientistas" afirmou ter alcançado pleno êxito no tratamento e "cura" de homossexuais, conseguindo fazer com que estes apresentassem um comportamento heterossexual apenas com um trabalho de diálogo terapêutico. Novamente o alvoroço foi geral dentro dos círculos científicos e dos grupos de saúde, até que, poucos dias depois do anúncio, o tal grupo de "cientistas" foi desmascarado quanto a sua ligação com uma religião que determinaria, de alguma forma, os parâmetros do dito tratamento.

Neste sentido, também é oportuno destacar o artigo Homossexualidade, gênero e cura em perspectivas pastorais evangélicas”, que focaliza as formas de regulação da sexualidade em perspectivas pastorais evangélicas no Brasil, a partir da análise de textos normativos. No referido artigo, o autor discute ainda noção de cura da homossexualidade. O material etnográfico é composto por livros e artigos brasileiros e estrangeiros, selecionados a partir do mapeamento do universo editorial evangélico e do monitoramento do conteúdo de sites que oferecem aconselhamento e tratamento a homossexuais em uma perspectiva religiosa. Os dados foram coletados entre 2003 e 2004.

Direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. “Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e ideias de todos os tipos, incluindo ideias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais”.

Direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Significando que “as pessoas podem formar associações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, assim como associações para distribuir informação, facilitar a comunicação e defender os direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e conseguir o reconhecimento dessas organizações, sem discriminação”.

Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Destacando que estes direitos “não podem ser invocados pelo Estado para justificar leis, políticas ou práticas que neguem a proteção igual da lei, ou discriminem, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero”¹⁹⁰.

Direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência dentro das fronteiras desse Estado, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Enfatizando que “a orientação sexual e identidade de gênero nunca podem ser invocadas para limitar ou impedir a entrada, saída ou retorno a qualquer Estado, incluindo o próprio Estado da pessoa”¹⁹¹.

Direito de buscar e de desfrutar de asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive de perseguição relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Salientando que “um estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero”¹⁹².

Direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Destacando que as famílias existem em diversas formas, e nenhuma delas pode ser

Cf. NATIVIDADE, Marcelo. **Homossexualidade, gênero e cura em perspectivas pastorais evangélicas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais - vol. 21 n°. 61. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v21n61/a06v2161.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

¹⁹⁰ Cf. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, julho de 2007. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² *Ibidem*

sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Direito de participar da vida pública, tanto intervindo na formação de políticas que afetem o seu bem-estar como também no acesso igual a todos os níveis do serviço público e emprego em funções públicas, incluindo a polícia e as forças militares, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito de participar livremente da vida cultural, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e de expressar por meio da participação cultural a diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

Direito de promover os direitos humanos, o que inclui a recomendação aos Estados para velarem pelo acesso aos órgãos de direitos humanos nacionais e internacionais e obrigação de proteção aos defensores e defensoras de direitos humanos trabalhando com temas de orientação sexual e identidade de gênero contra qualquer violência, ameaça, retaliação, discriminação de fato ou de jure, pressão ou qualquer outra ação arbitrária perpetrada pelo Estado ou por atores não estatais em resposta às suas atividades de direitos humanos. A mesma proteção deve ser assegurada a defensores e defensoras de direitos humanos que trabalhem com qualquer tema contra tal tratamento baseado na sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes, diante de toda e qualquer violação de direitos humanos em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Responsabilização (“accountability”). Trata-se aqui da exigência de responsabilidade penal, destacando que “toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários(as) públicos(as). Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero¹⁹³”.

Ainda que em cada um destes princípios sejam feitas recomendações aos Estados, são previstas uma série de recomendações adicionais a todos os membros da sociedade e da comunidade internacional, dentre eles: o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos; Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas; os Procedimentos Especiais de Direitos Humanos das Nações

¹⁹³ *Ibidem*

Unidas; Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC); Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas; Organização Mundial da Saúde (OMS) e o UNAIDS (ONUSIDA); Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados; organizações intergovernamentais regionais e sub-regionais; os tribunais de direitos humanos regionais; organizações não governamentais; organizações humanitárias; instituições de direitos humanos nacionais; organizações profissionais; organizações comerciais, inclusive a mídia de massa e financiadores governamentais e privados, e ainda ressalta que¹⁹⁴:

Estes Princípios e Recomendações refletem a aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma limitando, os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais.

Finalmente, em seu Apêndice relaciona os signatários e signatárias dos Princípios de Yogyakarta¹⁹⁵.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ De acordo com o referido documento são os seguintes os signatários e signatárias: Maxim Anmeghichean (Moldávia), Associação Internacional de Lésbicas e Gays – Europa; Mauro Cabral (Argentina), Universidade Nacional de Córdoba, Argentina, Comissão Internacional de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas; Sonia Onufer Corrêa (Brasil), Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política; Elizabeth Evatt (Austrália), ex-integrante e presidenta do Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, ex-integrante do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e integrante da Comissão Internacional de Juristas; Paul Hunt (Nova Zelândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito ao mais alto padrão de saúde alcançável e professor do Departamento de Direito, Universidade de Essex, Reino Unido; Maina Kiai (Quênia), Presidenta da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia; Miloon Kothari (Índia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito à habitação adequada; Judith Mesquita (Reino Unido), Pesquisadora Sênior do Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, Reino Unido; Alice M. Miller (Estados Unidos), Professora Assistente da Escola de Saúde Pública e Co-Diretora do Programa de Direitos Humanos da Universidade de Columbia, EUA; Sanji Mmasenono Monageng (Botsuana), Juíza do Tribunal Superior (Gâmbia), integrante da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, Presidenta do Comitê de Acompanhamento da implementação das Diretrizes de Robben Island sobre a proibição e prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos); Vitit Muntarbhorn (Tailândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação de direitos humanos na República Popular Democrática da Coreia (Coreia do Norte) e professor de direito da Universidade de Chulalongkorn, Tailândia; Lawrence Mute (Quênia), membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia; Manfred Nowak (Áustria), Professor e co-diretor do Instituto de Direitos Humanos Ludwig Boltzmann, Áustria, e Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes; Ana Elena Obando Mendoza (Costa Rica), advogada feminista, ativista dos direitos humanos das mulheres e consultora internacional; Michael O’Flaherty (Irlanda), membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e professor de Direitos Humanos Aplicados e co-diretor do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Nottingham (foi o relator durante a produção dos Princípios de Yogyakarta); Sunil Pant (Nepal), Presidente da Sociedade Diamante Azul do Nepal; Dimitrina Petrova (Bulgária), Diretora Executiva do Fundo para a Igualdade dos Direitos; Rudi Mohammed Rizki (Indonésia), Relator Especial das Nações Unidas sobre solidariedade internacional; professor sênior e vice-reitor de Assuntos Acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade de Padjadjaran, Indonésia; Mary Robinson (Irlanda), Fundadora do “Concretizando os Direitos: Iniciativa por uma Globalização Ética” (Realizing Rights: The Ethical Globalization Initiative), ex-presidenta da Irlanda e ex-Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos; Nevena Vuckovic Sahovic (Sérvia e Montenegro), integrante do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e

É importante ressaltar que os Princípios de Yogyakarta não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento reúne e reinterpreta definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplicá-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. A ideia central é que não precisamos produzir definições específicas para coibir violações e proteger os direitos humanos dessas pessoas ou grupos. Basta aplicar os princípios gerais da lei internacional existente que já foi debatida, adotada e ratificada pela maioria dos países membros da ONU. Nesse sentido, o conteúdo dos Princípios se distancia da tendência contemporânea de nomeação e identificação de sujeitos ou identidades nas demandas por direitos, optando por uma perspectiva “constitucionalista” ou, se quisermos, de universalismo situado (CORRÊA, 2009).

Ademais, deve-se observar que o conteúdo de cada princípio reflete os desafios específicos dos direitos humanos que os peritos identificaram, bem como a aplicação concreta da lei para essa situação. Como tal, eles variam muito em estilo e categoria de conteúdo.

No entanto, uma tipologia geral para as obrigações legais dos Estados-Membros podem ser observadas: (i) todas as medidas legislativas, administrativas e outras para erradicar práticas criticadas, (ii) as medidas de proteção para aqueles em situação de risco, (iii) prestação de contas de seus autores e reparação para as vítimas, e (iv) promoção do ser humano, cultura de direitos por meio da educação, formação e sensibilização do público.

Com efeito, pode-se argumentar, no entanto, que em alguns casos, os princípios poderiam ter ido mais longe. Neste sentido, afirmam O’Flaherty e Fisher (2008, p. 235-236):

[...] the Principles could have gone further in identifying the application of the law for certain situations. For instance, Principle 19, on the right to freedom of opinion and expression, where identifying the duty of the State to regulate the media to avoid discrimination, only refers to media that is ‘State-regulated’. While it is surely correct that such media should be prohibited from discriminatory practices and outputs it is not evident that the duty should not also be extended to non-state regulated media. In cases such as this we may observe the experts taking account of legal uncertainties regarding the reach of non-discrimination law into the private

sphere[...] In a small number of other instances, the Principles are somewhat vague and non-prescriptive, perhaps again reflecting the uncertain state of law or its

presidenta do Centro de Direitos da Criança, Belgrado, Sérvia e Montenegro; Martin Scheinin (Finlândia), Relator Especial das Nações Unidas para luta contra o terrorismo e professor de direito constitucional e internacional da Universidade Åbo Akademi, Finlândia; Wan Yanhai (China), Fundador do Projeto de Ação AIZHI e diretor do Instituto AIZHIXING de Educação de Saúde de Pequim; Stephen Whittle (Reino Unido), Professor de Direito de Igualdade na Universidade Metropolitana de Manchester, Reino Unido; Roman Wieruszewski (Polônia), Membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e diretor do Centro de Direitos Humanos de Poznan, Polônia; Robert Wintemute (Reino Unido), Professor de Direitos Humanos, Faculdade de Direito, King’s College, Londres, Reino Unido.

application. This may explain the provision at Principle 21(b) that ‘expression, practice and promotion of different opinions, convictions and beliefs with regard to sexual orientation or gender identity is not undertaken in a manner incompatible with human rights’. Thus expressed it is unclear, for instance, whether a faith community could exclude someone from membership on grounds of sexual orientation, albeit the Principle, at a minimum, would require reflection as to the legitimacy in law of such an exclusion. Another criticism that may be directed to the Principles is that, notwithstanding a concerted effort to address specific fact circumstances, they are not comprehensive in this regard. For instance, it has been suggested that they could usefully have referred to issues of access to medicines in least-developed countries and to the phenomenon of domestic violence in same-sex households. Undoubtedly, as the Principles generate further commentary, additional omissions will be identified.

Uma outra avaliação preliminar dos Princípios de Yogyakarta pode ser realizada por meio de uma ponderação do impacto que tem tido desde seu lançamento. A este respeito, é interessante identificar em que medida reagiram seus destinatários, principalmente os Estados, mas também atores como organizações internacionais, Procedimentos Especiais, órgãos de tratados de direitos humanos e a sociedade civil.

Embora o lançamento dos Princípios de Yogyakarta não tenha ocorrido num momento propício para grandes iniciativas de direitos humanos na ONU, uma vez que esta organização estava em fase de reforma, bem como o período de tempo relativamente curto desde o lançamento dos Princípios e do ritmo geralmente lento de mudança dentro mecanismos internacionais, pode-se concluir que a divulgação dos Princípios obteve um surpreendente grau de sucesso. Para tanto, basta observar que no dia do lançamento em Genebra, mais de 30 Estados fizeram intervenções positivas em relação à orientação sexual e identidade de gênero, com sete Estados especificamente referindo-se aos Princípios de Yogyakarta, descrevendo-os como “inovadores”. Além disso, tais princípios receberam elogio e atenção do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, Alto Comissário para os Direitos Humanos, procedimentos especiais e órgãos de tratados, como articulador juridicamente vinculante das normas internacionais a que todos os Estados-Membros devem respeito. Neste sentido, o Ministério de Relações Exteriores da Holanda considera os Princípios como referência para suas diretrizes de direitos humanos e cooperação internacional. No Canadá e no Uruguai, os Princípios foram adotados como parâmetro de monitoramento da proteção de direitos humanos (O’FLAHERTY e FISHER, 2008).

No Brasil, o governo brasileiro publicou os princípios, em uma tradução para Português e apresentou-os em um evento em 2008 para promover o seu programa “Brasil sem homofobia” e republicou o documento para distribuição na “Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”, cujo texto base também faz menção

aos Princípios de Yogyakarta. Além disso, parlamentos de vários países também têm debatido o texto, assim como está sendo incorporado às políticas de alguns governos locais.

No âmbito regional, o Intergrupo do Parlamento Europeu sobre “Gay e Lesbian Rights” aprovou os Princípios e indicou que os Princípios de Yogyakarta servirão como uma ferramenta importante para um avanço no monitoramento temáticas relacionadas com a discriminação e as violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero. Na América Latina, onde as questões da orientação sexual e identidade de gênero tem sido cada vez mais discutidos como parte da agenda nas reuniões do Mercosul, o apoio para os princípios expressos pelo membros fundadores Brasil, Argentina e Uruguai pode ser susceptível de resultar em maior apoio de outros membros plenos e associados (O’FLAHERTY e FISHER, 2008).

A propagação dos Princípios de Yogyakarta e seu uso por organizações da sociedade civil também tem sido intensa e diversa. Um guia para uso de ativistas está sendo produzido com o objetivo de mapear essas iniciativas e mobilizar mais sinergia entre iniciativas locais e globais.

Ainda de acordo com O’Flaherty e Fisher (2008), no Quirguistão os Princípios de Yogyakarta têm sido usados na luta pelos direitos civis das pessoas transexuais; na África do Sul, para lutar contra os crimes de ódio, especialmente contra lésbicas; no Quênia, para vincular mídia e direitos sexuais. Para comemorar os 60 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, redes lésbicas asiáticas realizaram um evento em Yogyakarta. Uma rápida busca na Internet informa que a gama de aplicações é extensa: uma iniciativa das lésbicas irlandesas, inúmeras menções em *sites* e *blogs* mantidos pela comunidade transexual e intersex, lançamentos locais, retraduzões criativas em quadrinhos e num pequeno filme de animação, algumas menções ao texto em ações legais contra violações ou que demandam tratamento igual perante a lei. Também são identificados muitos ataques ao documento por parte de setores conservadores ou homofóbicos.

Não obstante, nem todas as respostas para os Princípios foram positivas, vários grupos religiosos têm criticado, descrevendo-os como “documento perigoso” que tem o poder de afligir a autoridade parental e familiar, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a soberania nacional e estimular (física, psicológica e moralmente) escolhas insalubres.

Desde 2007, críticas foram levantadas quanto ao caráter não vinculante dos Princípios de Yogyakarta, ou seja, ao fato de que eles não implicam obrigações legais por parte dos Estados. Porém, assegura Corrêa (2009), que em sua avaliação, essa crítica é enviesada por um apego excessivo a uma concepção estadista dos direitos (e do poder), que deixa escapar a

relevância estratégica das conversações contínuas, em muitos níveis, sobre sexualidade e direitos humanos.

Neste contexto, afirma Thoresen¹⁹⁶:

Ao encorajar ativistas a se verem como parte de um movimento global, declarações não vinculantes como os Princípios de Yogyakarta dão ímpeto a ações locais. Muitos dos piores abusos ocorrem longe da influência das elites globais e, assim sendo, os campos de batalha principais são locais e nacionais. A dimensão internacional do movimento dos direitos humanos é, em geral, suplementar e de apoio a lutas nacionais. Para garantir que ideias globais se enraizem e façam diferença na vida das pessoas, elas precisam ser traduzidas em termos locais e situadas nos contextos locais de poder e significado. Elas precisam, dito de outro modo, ser reconstruídas em termos vernaculares¹⁹⁷.

Esse aspecto de abertura dos Princípios de Yogyakarta deve ser incrementado, pois permite que seus conteúdos sejam discutidos, contextualizados, expandidos e adequados, inclusive para suplantiar brechas e limites, os quais decorrem, exatamente, de traveses que saturam os documentos consagrados de direitos humanos que constituem sua referência normativa central. Um desses limites refere-se ao tema das uniões ou casamentos, uma vez que em todas as convenções de direitos humanos os artigos referentes ao casamento falam de homem e mulher. De modo a escapar desse “problema de gênero”, os Princípios recorrem ao direito de constituir família e realçam a diversidade das formas de família. Nos contextos em que o casamento ou união civil entre pessoas do mesmo sexo já foi legalizado, como é o caso da Espanha, essa definição pode e deve ser alterada. Não obstante, onde as restrições persistem, a linguagem de Yogyakarta permanece como argumento válido e atual. Assim, os Princípios de Yogyakarta são mais susceptíveis de contribuir para a realização da sua própria promessa de “um futuro diferente, onde todas as pessoas, nasçam livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos”.

Por fim, cabe ainda destacar que uma consulta virtual implementada pelo Observatório de Sexualidade e Política em janeiro de 2009 para avaliar o conhecimento e uso dos Princípios no Brasil teve resultados inquietantes. A pesquisa foi respondida por 602 pessoas, mas apenas 24% delas conheciam os Princípios de Yogyakarta, um percentual bem elevado de desconhecimento quando se considera que no Brasil se fez a primeira tradução não oficial do documento e existe apoio governamental explícito aos Princípios de Yogyakarta. Isto

¹⁹⁶ THORESEN, Ryan. **The Yogyakarta Principles**: fusing global discourse with local vernaculars. Disponível em: <www.ilgaeurope.org/content/.../8750/.../Yogyakarta+Article.doc>. Acesso em: 21 jan. 2010.

¹⁹⁷ Tradução do autor.

significa que, urge um investimento mais substantivo e sistemático para que estes princípios sejam efetivamente conhecidos e utilizados como instrumentos de apoio à reforma legal, às diretrizes de política pública e também à transformação cultural¹⁹⁸.

2.3.3 A Declaração Universal dos Direitos Sexuais

No mundo contemporâneo os direitos sexuais, se revelam não somente cogentes, mas também um desafio. Assim, em virtude da matéria que abordamos nesta tese, é conveniente fazermos referência a esta Declaração que foi adotada no XIII Congresso Mundial de Sexologia, realizado em 1997, em Valência, Espanha e que foi revisada e aprovada pela Assembleia Geral da WAS – World Association for Sexology) durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (CHINA), entre 23 e 27 de agosto de 1999¹⁹⁹.

Nela se afirma que: “Sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano. O desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas, como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho, amor”, e ainda que: “a Sexualidade é construída através da interação entre os indivíduos e as estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o desenvolvimento individual, interpessoal e social²⁰⁰”.

¹⁹⁸ Cf.: OBSERVATÓRIO DE SEXUALIDADE E POLÍTICA. **Consulta sobre a aplicação e utilização dos Princípios de Yogyakarta no Brasil**. Realizada na internet de 2 de fevereiro a 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/pt/wp-content/uploads/2009/02/analise-pesquisa-principios-de-yogyakarta-final.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

¹⁹⁹ A Associação Mundial para a Saúde Sexual (antes nomeada Associação Mundial de Sexologia - WAS) foi fundada em 1978 por um grupo multidisciplinar mundial de organizações não governamentais (ONGs) com o objectivo de promover a saúde sexual e direitos sexuais em todo o mundo. Desde então, tem conseguido os seus objectivos através da promoção e intercâmbio de pesquisas sexualidade com base científica multidisciplinar, educação sexual, promoção da saúde e do comportamento e da sexologia clínica.

Mais recentemente, o WS eleitoral tornou-se envolvido na defesa de mudanças na política pública a reconhecer a saúde sexual e direitos humanos como elementos essenciais da saúde e da justiça social. O apoio financeiro de pessoas físicas, fundações, corporações e governos tem sustentado esse trabalho em projetos ao redor do mundo.

Missão:

A Associação Mundial para a Saúde Sexual (WAS) promove a saúde sexual durante todo o tempo e com o mundo através do desenvolvimento, promoção e apoio de Sexologia e direitos sexuais para todos. WS realiza isso ações de advocacy, networking, facilitando a troca de informações, ideias e experiências e avançar com base científica, a investigação da sexualidade, educação sexual e sexologia clínica, com uma abordagem transdisciplinar. Disponível em: <<http://www.worldsexualhealth.org/lifeWasCommittees.asp>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

²⁰⁰ Cf.: WORLD ASSOCIATION FOR SEXOLOGY (WAS). **Declaração dos Direitos Sexuais**. Adotada pelo XIII Congresso Mundial de Sexologia, em 1997, em Valência, Espanha e revisada e adotada posteriormente pela Assembleia Geral da WAS durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong, China, em agosto de 1999. Disponível em: <http://www.ibiss.com.br/dsex_destaque.html>. Acesso em: 01 fev. 2010.

Por essa razão, se considera que: “Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres humanos. A saúde sexual é um direito fundamental, então a saúde sexual deve ser um direito humano básico”, e enfatiza que: “para assegurarmos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os seguintes direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados, defendidos por todas as sociedades de todas as maneiras. Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais”²⁰¹.

Em sua estrutura a Declaração reconhece os seguintes direitos:

O direito à liberdade sexual que “diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual. No entanto, aqui se excluem todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situação da vida”. O direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual, que abarca a “habilidade de uma pessoa em tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Também inclui o controle e o prazer de nossos corpos livres de tortura, mutilações e violência de qualquer tipo”²⁰².

O direito à privacidade sexual, que envolve o “direito de decisão individual e aos comportamentos sobre intimidade desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros”²⁰³.

O direito à igualdade sexual, que abrange a “liberdade de todas as formas de discriminação, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas”²⁰⁴.

O direito ao prazer sexual, incluindo autoerotismo, considerado como uma fonte de bem estar físico, psicológico, intelectual e espiritual²⁰⁵.

O direito à expressão sexual, sendo esta mais que um prazer erótico ou atos sexuais. “Cada indivíduo tem o direito de expressar a sexualidade através da comunicação, toques, expressão emocional e amor”²⁰⁶.

O direito à livre associação sexual, que “significa a possibilidade de casamento ou não, ao divórcio e ao estabelecimento de outros tipos de associações sexuais responsáveis”²⁰⁷.

²⁰¹ Ibidem

²⁰² Ibidem

²⁰³ Ibidem

²⁰⁴ Ibidem

²⁰⁵ Ibidem

²⁰⁶ Ibidem

²⁰⁷ Ibidem

O direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis, ou seja, “é o direito em decidir ter ou não filhos, o número e o tempo entre cada um, e o direito total aos métodos de regulação da fertilidade²⁰⁸”.

O direito à informação baseada no conhecimento científico, considerando que “a informação sexual deve ser gerada através de um processo científico e ético e disseminado em formas apropriadas e a todos os níveis sociais²⁰⁹”.

O direito à educação sexual compreensiva, ressaltando que “este é um processo que dura a vida toda, desde o nascimento, e deveria envolver todas as instituições sociais²¹⁰”.

E finalmente, o direito à saúde sexual, destacando que “o cuidado com a saúde sexual deveria estar disponível para a prevenção e tratamento de todos os problemas sexuais, preocupações e desordens²¹¹”.

Em análise desta declaração, cabe enfatizar que, apesar de não ser dotada de cunho jurídico vinculativo, ela tem enorme valor não somente como reforço aos direitos já consagrados em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, mas como protótipo norteador para elaboração de políticas públicas e medidas legislativas para os Estados e ainda como instrumento de sensibilização e informação para a sociedade civil e científica, uma vez que a informação é peça-chave na proteção aos direitos humanos.

Verificamos ainda que, os direitos nela contidos correspondem em sua totalidade aos direitos já consagrados em Convenções e Pactos das Nações Unidas que operacionalizam o sistema global de proteção aos direitos humanos, como também os já consagrados nos Planos de Ação da Conferência Mundial de População, de 1994, e da IV Conferência Mundial da Mulher, de 1995, que, apesar de não terem o status de lei internacional, são documentos que introduziram os conceitos de direitos sexuais e de direitos reprodutivos, como direitos humanos, trazendo um novo paradigma para as questões relacionadas à reprodução e à sexualidade.

Ademais, vale realçar que os instrumentos que operacionalizam o sistema global de proteção aos direitos humanos, nos quais se baseia a Declaração dos direitos Sexuais, já foram exaustivamente analisados no capítulo anterior.

O direito à liberdade sexual baseia-se no princípio da não discriminação, seja ela fundamentada no sexo, gênero ou orientação sexual. O Plano do Cairo, em 1994, reconheceu

²⁰⁸ Ibidem

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ Ibidem

a sexualidade como algo positivo na vida das pessoas, afirmando o dever dos Estados na promoção da saúde sexual, como integrante do direito à saúde e ao desenvolvimento sadio.

Neste sentido, afirma Ventura (2003, p. 57-58):

Na Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, os direitos sexuais foram afirmados como direitos humanos [...] Esta plataforma declarou, também, que as relações igualitárias entre homens e mulheres, no que diz respeito às relações sexuais e à reprodução, incluem: o respeito à integridade da pessoa, o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade pelas consequências do comportamento sexual. Este é o primeiro documento internacional onde o exercício da sexualidade é tratado como um direito em si.

Por fim, ressaltamos que desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos assinala para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que sobrepuje as tradicionais abordagens repressivas que marcam as intervenções jurídicas nestes domínios. Isso implica uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam superar as regulações restritivas, criando condições para um direito da sexualidade que seja conforme afirma Rios (2007, p. 14): “emancipatório em seu espírito”.

PARTE 2

CAPÍTULO 3 – O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA NORMATIVA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Ao solidificar o rompimento com o regime autoritário militar, instalado em 1964, a Constituição brasileira de 1988 traduz, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado instalado em 1964. Esse fator reflete considerável impacto, especialmente, na esfera dos direitos fundamentais

A Carta de 1988 institucionaliza a formação de um regime político democrático no Brasil e também introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

Nesta mesma direção, enfatiza Silva (2006, p. 90): "É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania".

No Brasil, a tutela constitucional aos direitos dos homossexuais segue por uma via comum às Leis Orgânicas e Constituições Estaduais, sendo, porém, de forma implícita. Trata-se de uma tutela resultante da interpretação dos princípios constitucionais e, pelo próprio texto constitucional, também dependendo de interpretação favorável.

Em relação a esta tutela, Bahia (2006, p. 99) afirma haver o direito constitucional de ser homossexual, pois o texto da Constituição de 1988, "ainda que implicitamente, admite, permite e protege a questão relativa à homossexualidade, na medida em que veta qualquer tipo de distinção entre os cidadãos do país".

Ainda segundo Bahia (2006), todos os que se posicionam contra tal fato baseiam-se num apego demasiado à falta de positivação explícita em relação ao tema. Entretanto, essa lacuna pode e deve ser resolvida através da analogia, como determinam o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil²¹² e o art. 126 do Código de Processo Civil²¹³. A junção dos

²¹² Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²¹³ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

princípios com a proibição da discriminação, por qualquer motivo, e com a determinação do preenchimento de lacunas da Lei, através da analogia, resultam numa situação de tutela dos interesses dos homossexuais, conclui o autor.

Uma das formas de tutela constitucional dos direitos dos homossexuais ocorre através do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e de outros que se irradiam dele, como o da Igualdade e o da liberdade. Estes princípios, em especial, têm profundas relações nas questões que dizem respeito à orientação sexual homossexual dado o caráter heterossexista²¹⁴ e mesmo homofóbico que caracteriza a quase totalidade das complexas sociedades contemporâneas.

3.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

O princípio da dignidade da pessoa humana se depara, assim como o direito à vida, com alguns entraves no campo conceitual. Contudo, avaliando bem, as dificuldades são aquelas próprias dos princípios e normas que são extremamente abstratas, consentindo diferentes considerações, definições e vários pontos de vista.

Neste lastro, Bahia (2006) afirma que o princípio da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os estudiosos do assunto, muito embora, ressalta o autor, as múltiplas opiniões sejam harmônicas e complementares.

Possivelmente, o filósofo que mais forneceu subsídios para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana foi Immanuel Kant ao definir o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem²¹⁵.

²¹⁴ De acordo com Borrillo (2001, p. 32): “El orden sexual que es el sexismo no solamente implica la subordinación de lo femenino a lo masculino, sino también la jerarquización de las sexualidades[...] Por lo tanto, la alusión constante a la superioridad biológica y moral de los comportamientos heterossexuales forma parte de una estrategia política de construcción de la normalidad sexual.

La heterosexualidad aparece así como el patrón según el cual todas las demás sexualidades han de medirse. Esta cualidad normativa -y el ideal que encarna – es constitutiva de una forma específica de denominación llamada “heterossexismo”. Se define como la creencia en la jerarquía de las sexualidades, que coloca a la heterosexualidad en el nivel superior. El resto de formas de sexualidad aparecen, en el mejor de los casos, como incompletas, accidentales y perversas, y en el peor, como patológicas, criminales, inmorales y destructoras de la civilización”.

²¹⁵ De acordo com Valencia (2003, p.146), a dignidade humana: [...] Consiste en el reconocimiento del carácter sagrado o inviolable del ser humano en tanto sujeto moral dotado de razón y destinado a la libertad. La dignidad es, al decir del filósofo alemán Ernst Bloch, el “andar erguido” pues los humanos no somos animales de rebaño sino conciencias em libertad. A pesar de la índole profana de cada individuo, toda persona es em cierta manera sagrada y como tal digna de respeto porque en ella palpita la humanidad, lo que se traduce en que hay cosas que no deben hacerse a ninguno. Tal vez la mejor definición de dignidad se encuentra em la segunda versión del imperativo categórico del filósofo alemán Immanuel Kant: “obra de tal manera que la humanidad em ti y em los otros no sea nunca um médío sino siempre el fin más elevado”.

Todavia, destacamos que a dignidade da pessoa humana não apareceu com Kant, e neste lastro afirma Sarlet (2010, p. 32-33):

[...] "já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade".

De acordo com Konder Comparato (2005, p. 21):

[..] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Na perspectiva de González Pérez (1986, p. 24), “la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal”, reconhecendo, na dignidade pessoal, a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio. Ainda segundo González Pérez (1986, p.25), “la dignidad de la persona no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias”[...].

Uma proposta de conceito com o intuito da máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana, nos é oferecido por Sarlet (2010, p.70), que entende por dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A dignidade da pessoa humana sugere a ideologia essencial da Constituição, servindo, neste aspecto, como sua fundamentação ética. É a representação do que a nação busca realizar, quais os seus ideais mais profundos.

De acordo com Sarlet (2010, p. 71-72):

A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas Constituições de Portugal e da Espanha – foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais [...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode - e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito [...]

Com efeito, a Constituição brasileira estabelece em seu artigo 1º, inciso III, ser a dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos, o que acarreta uma variedade de funções que o dito princípio possui na ordem Constitucional e, por conseguinte, legal. Além do mais, este princípio pode ser considerado a base de sustentação normativa da Carta Fundamental, premissa para que um Estado possa ser adjetivado Estado Democrático de Direito.

A construção de um Estado democrático de direito²¹⁶ é delineada na Constituição pátria desde o seu preâmbulo. Ademais, nota-se que o texto constitucional consagra em seus artigos 1º e 3º²¹⁷, princípios que inauguram os fundamentos e os objetivos do Estado

²¹⁶Segundo Canotilho (1999, p.229): [...] Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), nas grandes *declarações internacionais* (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes *convenções* de direito internacional (exemplo: Convenção Européia dos Direitos do Homem). A vinculação do Estado pelo direito internacional é, em alguns Estados, de tal forma intensa que leva as próprias constituições internas a proclamarem o direito internacional como fonte de direito de valor superior à própria constituição (exemplo: Holanda e Áustria). Para finalizar esta referência ao direito internacional *como fonte de juridicidade* do poder estatal, impõe-se ainda salientar que o direito internacional recorta hoje *pré-condições* políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito. Ressaltamos, também, que de acordo com Albuquerque Mello (2000, p.129): [...]a Declaração de Viena (Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993): "...é o primeiro documento das Nações Unidas que expressamente endossa a democracia como forma de governo mais favorável para o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. O parágrafo 8 da declaração foi particularmente feliz em sublinhar a relação essencial e a interdependência que existe entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos".

²¹⁷ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

democrático de direito brasileiro. Dentre estes fundamentos, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. Por sua vez, o art. 3º consagra, como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além do mais, em seu artigo 1º, inciso III, bem como no art. 60, § 4º, inciso IV²¹⁸, a Constituição brasileira, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias individuais, como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que a finalidade precípua da atividade estatal é o ser humano, não constituindo este um meio da mesma atividade. Entretanto, o Constituinte considerou-a de maneira concreta e individualmente. Assim, o foco positivado deixou de ser o Estado com seus inúmeros poderes e regalias, passando à pessoa humana e suas realizações.

Deduzimos desses dispositivos, quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social.

Conforme ensina Pérez Luño (2005, p. 294):

Los valores constitucionales poseen, por lo tanto, una triple dimensión: a) fundamentadora, en plan estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la doctrina germana los concibe como “valores fundamentales” (Grundwerte) y nuestra Constitución como “valores superiores”, para acentuar su significación de núcleo básico y informador de todo el sistema jurídico-político; b) orientadora, em sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²¹⁸ **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º. - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

[...]

hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados em el sistema axiológico constitucional; y c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas [...] Los valores constitucionales, suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.

Assim sendo, entendemos que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo capital e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Neste contexto, ressalta ainda Pérez Luño (2005, p. 298):

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de la República Federal de Alemania ha considerado en numerosas decisiones el sistema de los derechos fundamentales consagrados por la *Grundgesetz* como la expresión de un “orden de valores” (*Wertordnung*), que deben guiar la interpretación de todas las restantes normas constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que se parte de que dichos valores se hallan basados y manifiestan conceptos universales de justicia. También en España el Tribunal Constitucional ha sostenido expresamente que: “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.

Seguindo o mesmo entendimento, argumenta Piovesan (2007, p. 28) que, “considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.

A positivação da dignidade da pessoa humana é recente, considerando as origens remotas a que se pode reconduzir a noção de dignidade, pois isto se deu somente a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente após a Declaração Universal da ONU, de 1948.

Neste sentido, observa Silva (2009, p. 59):

A Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978 e a Constituição brasileira de 1988 são três documentos constitucionais da mais alta significação no Constitucionalismo contemporâneo, porque elas agasalham uma nova ideia de Direito e firmam o princípio de que as Constituições têm o sentido de proteção dos direitos fundamentais do homem, tomada essa expressão na sua acepção mais ampla, mediante a construção de um novo tipo de Estado: o Estado Democrático de Direito. É um avanço que não só dá continuidade aos princípios incorporados no Constitucionalismo de pós-guerra pelas Constituições italiana e alemã, como ainda traz novos valores constitucionais, especialmente por situar no

centro do ordenamento jurídico o primado da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha erigiu em direito fundamental inviolável e digno de proteção pelos Poderes estatais, sem, no entanto, elevá-lo à condição de fundamento do Estado, como fizeram aquelas três Constituições.

Notamos, portanto, que espelhada nas Constituições europeias do Pós-guerra, a constituição pátria é dotada de um texto aberto a princípios dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana.

Enfatiza, ainda, Piovesan (2007, p. 30):

A abertura das Constituições a valores e a princípios – fenômeno que se densifica especialmente no Pós-Guerra – é assim captada por Canotilho: "O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios". Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno.

Analisando-se o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana, no âmbito de nosso ordenamento constitucional brasileiro, nota-se que o Constituinte de 1988 decidiu não incluí-la no rol de direitos e garantias fundamentais, mas, sim, na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental.

Para Ibias (2009, p. 78), princípio:

É o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico [...]²¹⁹

Segundo Canotilho (1999, p. 1177):

A distinção [...] entre regras e princípios é particularmente importante em se tratando de direitos fundamentais. Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*) [...] princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou

²¹⁹ Neste entendimento, afirma Bandeira de Mello (apud, Ibias, 2009 p. 78): "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo um sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica.

Por sua vez, para Dworkin (2007, p. 36-39), o direito é um sistema de regras e princípios, e assim afirma:

[...] “princípio” é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação económica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...] a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem [...]

Certificar que os juristas empregam princípios e não regras é admitir que são duas espécies de norma, cuja diferença é de carácter lógico. Embora orientem para decisões específicas sobre questões de obrigações jurídicas, diferem pelo cunho da orientação que sugerem. Destarte, as regras, ao contrário dos princípios, indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas.

Com efeito, os princípios possuem dimensão distinta das regras, assim, no caso de conflito entre regras, só uma regra e tão somente uma será válida. Neste caso, explica Canotilho (1999, p. 1087):

[...] a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o *se peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos [...]

Além dos elementos já referidos, existem outros critérios de distinção entre regras e princípios que são apontados por Canotilho, e dizem respeito ao grau de abstracção, de fundamentalidade e à natureza nomogenética. Com relação ao primeiro, enquanto os princípios são dotados de alto grau de abstracção e generalidade, nas regras este grau é bem mais reduzido. No que diz respeito à fundamentalidade no sistema das fontes do direito, pode-se afirmar que os princípios em relação às regras detêm papel mais importante em razão do seu conteúdo valorativo moral e político. Com relação à natureza nomogenética, pode-se dizer que os princípios exercem uma função nomogenética fundamentante, na medida em que são normas que estão na base ou constituem a *ratio* da regra jurídica (CANOTILHO, 1999).

Os princípios não podem ser vistos como afirmações verdadeiras ou falsas, pois servem de base para verdades que variam ou evoluem ao longo do tempo, razão pela qual seguem a realidade política de determinado momento e cultura.

Segundo Dworkin (2007, p. 41), um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao contrário, estabelece uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única. Daí acontecer que um princípio, numa determinada situação, e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico.

Ainda segundo Dworkin (2007, p. 42-43) as regras, ao contrário dos princípios, são aplicáveis na forma do tudo ou nada. Se se dão os fatos por ela estabelecidos, então ou a regra é válida e, em tal caso, deve-se aceitar a consequência que ela fornece; ou a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão. Outra diferença, é que os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância que as regras não têm. Quando os princípios entram em conflito, para resolvê-lo é necessário ter em consideração o peso relativo de cada um. Quem deve decidir um problema, no qual se requer a valoração de todos os princípios concorrentes e controversos que ele traz consigo, mais que identificar um princípio válido, impõe-se encontrar uma conciliação entre eles. As regras não possuem esta dimensão. Não podemos afirmar que uma regra é mais importante do que outra dentro do sistema jurídico, no sentido de que, se duas regras colidem, uma prevalece sobre a outra em virtude de seu maior peso.

Sobre esta tese, Pérez Luño (2005, p.300-301) alega:

[...] En este punto discrepo de la tesis de Ronald Dworkin, ya que desconoce la posibilidad de una interpretación sistemática de la Constitución en la que las distintas normas constitucionales reciben su sentido no sólo de su adecuación a lo postulado por los valores fundamentales, sino también por su posibilidad de conjugarse con otras normas específicas constitucionales que contribuyen a elucidar el sentido lógico y objetivo del texto fundamental en su conjunto [...].

Para Alexy (2007, p. 67-68), princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas, ao passo que as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Elas contêm, pois, determinações, no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não apenas de grau.

Portanto, os princípios fundamentais ou estruturantes, são aqueles que expressam as decisões fundamentais do constituinte, no que diz respeito à estrutura básica do Estado e às ideias e valores fundamentais triunfantes na Assembléia Constituinte.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e, também, norma jurídico-positiva, dotada de eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental de nossa comunidade, é um valor que não se restringe a guiar os direitos fundamentais, mas, sim, rege toda a ordem jurídico-constitucional e infraconstitucional. Ressaltamos, ainda, que o referido princípio é de grande valia para a interpretação constitucional em face às normas constitucionais apresentarem caráter aberto e amplo, principalmente aquelas referentes aos direitos fundamentais, pois sua utilização como premissa da argumentação jurídica torna o procedimento da interpretação constitucional racional e controlável.

Neste sentido, Pérez Luño (2005, p.316), afirma:

[...] para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, de forma expresa, que los derechos fundamentales son el parámetro de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem, como cerne fundamental, a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e registram sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins.

Indicado o conteúdo do princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana, será averiguada, aqui, sua abrangência, no que diz respeito à orientação sexual.

Comprovamos a conexão da orientação sexual no âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consolida uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, base indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade.

Desta forma, é direta a conexão entre a proteção da dignidade humana e a orientação sexual homossexual, pois o respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual, é ordenado juridicamente em virtude do já citado artigo.1º, inciso III da Constituição brasileira.

Neste sentido afirma Bahia (2006, p.101):

[...] Ora, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1- da Lei Maior e eleito como fundamento do Estado Democrático de Direito, aliado ao *caput* do seu artigo 5º, não permite a conclusão, em nenhum momento, de qualquer espécie de distinção de um indivíduo para outro fundamentada em sua orientação sexual, razão pela qual a lacuna no plano infraconstitucional não deve ser interpretada como uma impossibilidade jurídica do tema, mas sim como autêntico permissivo outorgado pelo legislador constituinte de 1988.

Assim é que, após o quanto explanado, e centrando a análise do tema sob a ótica constitucional, resta forçoso o reconhecimento de que o ser humano não se depara com limitações ou óbices de qualquer espécie para exercitar sua orientação sexual, qualquer que seja ela; ao reverso, pode-se chegar até mesmo à afirmação da existência do direito constitucional de ser homossexual, ainda mais quando se leva em consideração que, no recém-lançado plano governamental denominado "Programa Nacional de Direitos Humanos" (PNDH), afirmou-se textualmente que:

[...] direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados e sua integridade física protegida e assegurada.

No mesmo entendimento, argumenta Rios (2001, p. 92):

[...] a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulada da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dado normativo central para a compreensão e o equacionamento dos problemas jurídicos. Sendo assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração. De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

Ao avaliarmos o conceito de dignidade proposto por Sarlet (2010) e, anteriormente citado, percebemos que este tem como um dos seus fundamentos básicos o princípio da igualdade. É neste contexto que o princípio da igualdade, observado a partir da dignidade da pessoa humana, tem como sua principal reclamação o respeito ao direito à diferença. Tão-somente, a partir do respeito à diferença é plausível se pensar em respeito à dignidade da pessoa humana, pois não seria possível aceitar qualquer imposição de valores dominantes a determinados grupos, sejam eles minoritários ou não, sem que isso caracterizasse afronta direta à dignidade da pessoa.

Nesta perspectiva afirma Sanches (2009, p. 68):

A discriminação dispensada contra os homossexuais e a imposição do modelo heterossexista nas mais diversas esferas jurídicas e sociais, antes de configurar

violação direta ao princípio da igualdade, deve ser vista com total desprezo e desrespeito à dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco à pessoa. Portanto, considerando que esta cláusula geral de proteção à pessoa humana norteia todo nosso ordenamento, temos que a aplicação do direito deve ser feita a partir do respeito à diversidade, de forma a viabilizar a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, respeitadas as diferenças que as distinguem e as semelhanças que as unem.

Ademais, adverte Sarlet (2010), nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção – através do reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais – da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não explicitamente, pelo domínio de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional. Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana (já que o ser sujeito (titular) de direitos é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa), tal ocorre, apenas para citar outro exemplo dos mais contundentes, com a proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulações genéticas e até mesmo a fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e diretamente) no nosso direito constitucional positivo. Nesta mesma linha, referindo-se expressamente à conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito a livre orientação sexual, do que dão conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões homoafetivas e todas as consequências que a doutrina e jurisprudência daí já têm extraído.

Na mesma linha, acrescenta Dias (2009, p.103):

[...] o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.

Destarte, concluímos que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos

legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e violação dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

3.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

Ao analisarmos o ordenamento jurídico brasileiro, vislumbramos que o Constituinte Originário de 1988 deixou clara a sua preocupação com o direito e, sobretudo, com a tutela do direito à igualdade, ao elegê-lo como um dos princípios estruturantes do regime dos direitos fundamentais. O art. 5º da Constituição de 1988, que inicia o Título II, referente aos direitos e garantias fundamentais, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza²²⁰. Esta igualdade perante a lei se solidifica no princípio da igualdade, de forma que diante do conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico não há como se admitir a distinção de tratamento, uma vez que ficou estabelecido na Lei Maior que, em relação à lei, todos estão em igual situação.

A Lei não pode servir como manancial de privilégios e desigualdades, mas de instrumento regulador da vida social, que deve tratar de forma equitativa seus cidadãos. É este, por conseguinte, o conteúdo político-ideológico, que norteia o princípio da igualdade, assimilado pela maioria dos sistemas jurídicos democráticos (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

A igualdade é um pressuposto para a uniformização de um regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual (CANOTILHO, 1999).

No entanto, devemos destacar que a afirmativa de Aristóteles, amplamente conhecida, de que a igualdade baseia-se em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, por sua vez, não esclarece por si só o conteúdo do princípio da igualdade, uma vez que surgem questões como: quem são os iguais e quem são os desiguais? Ou o que é ser igual e o que é ser desigual? O que faz o legislador qualificar a situação A igual a B e a situação C diferente de D?

²²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

A solução destas questões é de fundamental importância, pois é a partir de então que será possível garantir a efetividade do princípio da igualdade e transformar a sua teoria em prática efetiva. Para isso, é preciso saber em quais situações previstas pela norma é possível estabelecer critérios de discriminação juridicamente toleráveis. Assim, a ideia de igualdade justa é uma resposta a esta situação, defendida por Canotilho (1999, p. 400), alocando a questão nos seguintes termos: “o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?”

Como uma possível resposta a estas indagações Canotilho (1999, p. 401) nos conduz à ideia de proibição geral do arbítrio:

[...] existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (*i*) fundamento sério; (*ii*) não tiver um sentido legítimo; (*iii*) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Deste modo, não significa que por causa do princípio da igualdade a lei não possa estabelecer distinções, o que se proíbe é que estas distinções sejam derivados de um arbítrio, ou seja, instituem um tratamento diferenciado sem um fundamento material razoável ou justificável, segundo critérios de valores objetivos, constitucionalmente relevantes; ou que tratem igual situações desiguais; ou ainda que estabeleçam discriminações infundadas, sem qualquer critério objetivo que as justifique.

Portanto, seria completamente arbitrário o estabelecimento de tratamento diferenciado entre homossexuais e heterossexuais em relação à obtenção de pensão por morte de parceiro(a) falecido(a), pois a preferência sexual de cada um não guarda justificativa para que se estabeleça qualquer distinção, neste caso concreto.

Distinta situação é aquela que estabelece aos portadores de HIV o direito à percepção gratuita dos medicamentos para o tratamento do vírus. A particularidade da situação por si só já justifica o tratamento diferenciado dispensado a estas pessoas, neste caso especial. Por conseguinte, a igualdade somente poderá ser considerada justa se não partir de critérios arbitrários para igualar ou desigualar.

Outrossim, para se garantir a efetividade do princípio da igualdade no plano concreto é necessária a concretização deste princípio perante as diferentes situações que se apresentam. Para tanto, é necessário que o intérprete ao promover a aplicação da norma compreenda o seu conteúdo e o contexto histórico e social em que ela está sendo aplicada. Nesta acepção, elucida Rios (2001, p.65): "é preciso, para a determinação do tratamento jurídico das questões relativas à igualdade, cotejar o programa da norma (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o âmbito da norma (a compreensão da realidade dos fatos da vida)".

O direito de igualdade apresenta-se nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, basicamente, pela afirmação simultânea da "igualdade perante a lei" e da "igualdade na lei", conforme Rios (2002, p.31). Inicialmente, podemos certificar que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente, sem distinção, com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos de correntes da normatividade existente; a igualdade na lei (igualdade material), por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em virtude de hipóteses distintas. A distinção, portanto, arraiga, de início, no destinatário da norma constitucional da igualdade: a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente; a igualdade na lei como dever do legislador considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos. O Direito Constitucional brasileiro insere-se nesta tradição, reconhecendo explicitamente a concomitância dos aspectos formal e material do princípio da igualdade.

Neste sentido, observa Silva (2006, p. 215):

No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei [...] Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – "que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades"[...]

O princípio da igualdade, como mandamento constitucional de igualdade perante a lei, exige a igual aplicação do direito vigente não importando as qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma jurídica. Segundo Rios (2002, p.33), "tal formulação encontra

guardada em uma concepção formal de Estado de Direito²²¹. Vislumbrado sob a perspectiva do Estado de Direito formal, este princípio recebe idêntica adjetivação: igualdade formal. Juridicamente, revela-se segundo a expressão igualdade diante da lei. Neste contexto, ainda segundo Rios (2002, p. 41):

O imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades. O resultado que daí advém é a regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais: eis a aplicação formal da igualdade, contrariando materialmente a consagrada máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Trata-se, como dito, dos efeitos de uma aplicação formal do princípio da igualdade, porquanto visualizados os destinatários da regra jurídica abstratamente, desligados de sua individualidade e de sua concretude histórica.

A declaração da igualdade simplesmente formal, prevista no quadro do Estado de Direito formal, satisfaz a um princípio de racionalidade universalista, que nada acrescenta à questão da justiça ou da injustiça das equiparações ou diferenciações. Nesta acepção, Alexy (2007, p.351), faz considerações a respeito da compreensão da máxima de igualdade, como fórmula apontada ao legislador e ao aplicador do direito:

La fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual puede interpretarse de dos maneras totalmente distintas. La primera interpretación la limita al postulado de una práctica de decisión universalista. Para el legislador, esto significa que las normas por él dictadas tienen que tener la forma de normas universales condicionadas, es decir, la forma: «Para todo x es válido que si x tiene las propiedades P_1, P_2, \dots, P_n entonces está ordenado que para x valga la consecuencia jurídica C ».

Las normas de esta forma tratan a todas las x igual en la medida en que para todas las x , si son iguales con relación a P_1, P_2, \dots, P_n prevén la misma consecuencia jurídica. No puede haber ninguna duda de que un postulado de este tipo, que

²²¹ De acordo com Vieira (2010, p.196): [...] o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana. Essa é a primeira razão pela qual as concepções formalistas do Estado de Direito, semelhantes à formulada por Raz, recebem amplo apoio de diferentes perspectivas políticas. É extremamente importante para os governos em geral contarem com um eficiente instrumento para guiar o comportamento humano. Contudo, servir de ferramenta para distintas perspectivas políticas não significa que mesmo a concepção formalista de Estado de Direito seja compatível com todos os tipos de regimes políticos. Por favorecer a previsibilidade, a transparência, a generalidade, a imparcialidade e por dar integridade à implementação do Direito, a idéia do Estado de Direito se torna a antítese do poder arbitrário. Dessa maneira, as perspectivas políticas distintas que apoiam o Estado de Direito têm em comum uma aversão ao uso arbitrário do poder; essa é uma outra explicação sobre por que o Estado de Direito é defendido por democratas, liberais igualitários, neoliberais e ativistas de direitos humanos. Apesar de suas diferenças, eles são todos a favor de conter a arbitrariedade. Em uma sociedade aberta e pluralista, que ofereça espaço para ideais concorrentes acerca do bem público, a noção de Estado de Direito se torna uma proteção comum contra o poder arbitrário.

corresponde al principio de universalidad de Hare y al principio de la justicia formal de Perelman, formula un postulado básico de la racionalidad práctica que es válido tanto para el legislador como para quien aplica el derecho; pero, tampoco puede haber ninguna duda de que con este postulado no se ha ganado mucho.

Esta ideia de igualdade formal, que traz em sua essência um conteúdo negativo do princípio da igualdade, ou seja, a impossibilidade de se estabelecer, nos termos da lei, qualquer tratamento diferenciado, a partir de características individuais, serve tanto para o legislador no momento de elaboração da norma quanto para o aplicador, pois não deixa qualquer espaço para a aplicação desigual da norma jurídica.

Considerando estes dados, cabe-nos indagar: qual a relevância do princípio de igualdade formal nas questões relativas à orientação sexual?

Ao ponderarmos que a igualdade formal tem como escopo o estabelecer um tratamento igual para todos, no âmbito da homossexualidade isso significa não ser permitido o estabelecimento de tratamentos jurídicos diferenciados em razão da orientação sexual do sujeito para quem a norma é direcionada.

Assegura Barroso (2010, p. 674) que:

[...] A não-desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais.

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei - comando dirigido ao legislador - quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes - doutrinários, administrativos ou judiciais - devem atribuir sentido e alcance às leis, de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição²²².

²²² Neste sentido a jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: "(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional (...)" (STF, *DJU* 19 dez. 1997, RE 161243/DF, Rei. Min. Carlos Velloso).

Também a título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT 02ª Reg., *DJU* 14 out. 2005, Acórdão na 20050694159 (processo na 00742-2002-019-02-00-9), Rei. Juiz Valdir Florindo: "OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO (...) O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação". No mesmo sentido, v. TRT 15ª Reg., *DJU* 1 out. 2004, Decisão 038178/2004-PATR (processo na 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Rel. Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. Cf.: Barroso (2010, p. 674).

Segundo Rios (2001, p.70):

Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal [...] A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual - a qualidade de sujeito de direito; isto significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual [...].

Contudo, ressaltamos que só é admissível falarmos em igualdade formal, com o rompimento do padrão hegemônico-heterossexista. Contudo, isso não significa situar a homossexualidade como padrão de preferência sexual. O que almejamos quando tratamos de igualdade formal em termos de orientação sexual é que seja reconhecido o direito à diferença, a partir do reconhecimento da diversidade, ou seja, das diferentes modalidades de preferências sexuais possíveis de serem escolhidas pelos sujeitos de direito.

Ao largo da história os mais sérios abusos aos direitos humanos tiveram como embasamento a dicotomia do "eu *versus* o outro", em que a diversidade era capturada como elemento para aniquilar direitos, ou seja, a diferença era visibilizada para idealizar o "outro" como um ser menor em dignidade de direitos, ou, em situações extremas, um ser esgotado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Neste sentido, merecem realce as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

De acordo com Piovesan (2010, p. 49):

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal - eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais.

Destarte, torna-se insatisfatório tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. É imprescindível a especificação do sujeito de direito, que passa a ser aceito em sua peculiaridade e particularidade. Neste lastro, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, ordenam uma resposta específica e diferenciada. Neste panorama as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, os homossexuais, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser observadas

nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Paralelamente ao direito à igualdade, desponta, também como direito fundamental, o direito à diferença. Implica o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes garante um tratamento específico.

Assim, segundo Piovesan (2010), é possível distinguir três vertentes no que diz respeito à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que, ao seu tempo, foi capital para a eliminação de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Neste diapasão, acrescenta Piovesan (2010, p. 49):

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: "O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status." Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação. Ainda Boaventura acrescenta: "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades".

Quando se aborda o tema das minorias, como no caso dos homossexuais, é claro que, esta ideia de igualdade perante a lei (igualdade formal) não é suficiente para garantir a efetividade do princípio da igualdade, uma vez que em determinadas situações são exigidas, em virtude das suas particularidades, um tratamento diferenciado, sem que isso seja qualificado como uma violação ao princípio da igualdade. A igualdade formal é apenas um pontapé inicial, mas sem o qual não poderíamos nem sequer imaginar em debater a igualdade.

Considerando que a fórmula simplesmente abstrata do princípio da igualdade foi incapaz de abarcar as desigualdades concretas, provocando tratamentos desiguais incompatíveis com a universalidade da regra de direito, foi imprescindível a expressa proibição, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da adoção de certos critérios de diferenciação, como prevê o art. 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação”. Estes critérios reúnem proibições de discriminação em razão dos padrões neles proferidos, visando à efetiva aplicação do mesmo tratamento jurídico diante de todos, independentemente da sua presença. Ressaltamos, ainda, que o texto Constitucional brasileiro afirma expressamente, ao lado dos critérios enumerados de origem, raça, cor e idade, quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Rios (2002, p. 46):

[...] a interpretação da máxima da igualdade somente como generalização da superação de privilégios, regra puramente formal, abre espaço à injustiça no ordenamento jurídico, na vida estatal e social. Diante disto, o pensamento jurídico preocupou-se com a consideração dos critérios utilizados pelo legislador e pelo aplicador da lei na concretização do princípio da igualdade. À adjetivação formal da igualdade, necessária para a superação da desigualdade consagrada antes das revoluções burguesas e instituidora da noção geral de isonomia, deve-se adicionar o aspecto material deste princípio, caminho pelo qual desaguarão as reclamadas correções para o atingimento da justiça.

Neste contexto, adentramos na consideração do princípio da igualdade em sua dimensão material. Deste modo, ao passo que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com fundamento no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, a *igualdade na lei* (igualdade material) determina a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

De acordo com Hesse (1998, p.330):

"Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente."

A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material basea-se na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para os fins da instituição de um tratamento jurídico. Dito de outra maneira, a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções. Para a obtenção deste resultado precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É indispensável, portanto, identificar as

semelhanças e as diferenças, penetrar no conteúdo, naquilo que se considera importante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação (RIOS, 2002, p. 48-49)

Com efeito, a abordagem da problemática destes critérios de equiparação ou diferenciação, mediante o exame da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, são realizados por Alexy (2007, p. 360) que assim dispõe:

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria «cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible». Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y, por ello, está prohibida, cuando no es posible encontrar una *razón* a favor de ella, que esté calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón se describe de varias maneras. En la cita que se acaba de mencionar se exige que se trate de una razón razonable o que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra manera, sea concretamente comprensible. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser «evidente» y, en otras, simplemente, que la razón hace que la diferenciación esté «justificada». El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de «una forma de consideración orientada por la idea de la justicia».

Portanto, de tudo isso inferimos que somente perante uma razão suficiente para a justificação do tratamento diferenciado é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ademais, diante da inexistência de uma razão suficiente, a máxima geral da igualdade, ordena um tratamento igual. Alexy (2007, p.360) assim a expressa de modo sucinto:

“Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”.

Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; este dever de fundamentação impõe uma carga de argumentação para que se justifiquem tratamentos desiguais. Doutra parte, havendo razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, é de rigor tal diferenciação no tratamento, pelo que a máxima geral de igualdade, nestes casos, expressa-se da seguinte forma: "Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual" (RIOS, 2002, p. 53-54).

Deste modo, não existindo razão suficiente para o estabelecimento de um tratamento desigual, impõe-se a obrigatoriedade de se dispensar tratamento igual, sob pena de falta de efetividade da norma. Este é o ponto fundamental que distingue a igualdade da desigualdade de tratamento, pois enquanto esta última, necessariamente, sempre deve ser fundamentada para se impor, por sua vez, o mandato de igualdade se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação.

É imprescindível analisar bem sobre a suficiência ou não dos juízos valorativos indicados na fundamentação de eventual tratamento desigual, visto que perante a desigualdade de tratamento é que se impõe o ônus de arguição. A solução desta questão não é proporcionada pela máxima geral de igualdade em si mesma, mas também, requer a adoção de pontos de vista valorativos. Nesta área, são compreendidas as decisões materiais de igualdade tomadas pelo próprio texto constitucional, tais como a igualdade entre homens e mulheres.

Argumenta Rios (2002, p. 54) que:

Num regime democrático orientado pela ideia de Estado de Direito material, estas valorações estão abertas ao legislador, sendo lícita a opção por tratamento desigual sempre que, em virtude de razões desta monta, o tratamento desigual não se revelar arbitrário. O papel do controle de constitucionalidade, aqui, é o de controlar esta margem de apreciação do legislador, impedindo que em seu nome sejam forjadas valorações arbitrárias. A opção por um Estado material de Direito radica, neste passo, na proteção do direito fundamental de igualdade de eventual esvaziamento por parte da atividade legislativa, hipótese presente na formulação de valorações arbitrárias.

A garantia do direito de igualdade dá-se, pois, mediante a imposição de um ônus de argumentação e de prova por conta de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual.

A este contexto, podemos contrapor a falta de materialização ainda presente. No entanto, embora importante, essa contraposição só pode ser afrontada tendo presente a multiplicidade de probabilidades de fundamentações lógicas dos juízos de igualdade e de desigualdade; de fato, ainda que sejam ponderados somente dados normativos, é possível compreendermos, sem esforço, a existência de diversos pontos de vista sustentáveis a partir da reunião das diversas normas constitucionais ou do exame dos inúmeros precedentes provenientes da jurisdição constitucional. É importante reconhecer também o potencial natural da evolução histórica, a qual faz com que os múltiplos juízos de igualdade ou de desigualdade provem transformações de acordo com o nível de entendimento que os homens têm de seus processos culturais, sociais e políticos.

Ainda na mesma esteira, afirma Rios (2001, p. 79):

[...] a dogmática jurídica atenta para a relação entre os critérios de diferenciação e as finalidades da diferenciação eventualmente operada. Assim, além da existência da proibição jurídica da adoção de certos critérios de diferenciação, exige-se que toda diferenciação tenha fundamento racional, pois quando não há racionalidade entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida, surge o juízo arbitrário na fundamentação da desigualdade estabelecida, donde decorre a inconstitucionalidade do *discrimen*.

No que tange à orientação sexual, isto implica que, é obrigatório o tratamento igualitário desde que não sejam oferecidos motivos satisfatórios para justificar a desigualdade de tratamento. A satisfação ou não destas razões é matéria relacionada ao desenvolvimento do conhecimento humano em cada momento histórico, em presença do problema a ser enfrentado.

Assim sendo, a dimensão material do princípio da igualdade, no âmbito mais geral, como conduta comum para todos os casos, torna inconstitucional qualquer discriminação que empregue preconceitos ou faça uso de juízos mal fundamentados em relação à homossexualidade. De tal modo, em cada uma das questões onde surgir a inquirição sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em razão da orientação sexual, é imperativo a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais sejam capazes de comprovar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de arguição será proporcional a intensidade da distinção observada.

Diante desta exposição, entendemos que a violação ao princípio da igualdade, no seu aspecto material, também pode ocorrer na omissão do legislador. Ademais, no que diz respeito à orientação sexual, tal ocorrência é naturalmente constatada, uma vez que, com frequência, nos deparamos com normas que protegem exclusivamente as relações heterossexuais omitindo-se totalmente em relação aos homossexuais, ou, o que é pior, a norma não faz qualquer distinção, sendo esta feita pelo intérprete no momento da sua aplicação.

Ainda que aparentemente simples, os debates sobre a desigualdade formal e material, quando apresentadas em relação à orientação sexual, ganham dimensões importantes, pois as sutilezas que abrangem o tema podem deixar passar despercebidas várias situações de violações ao princípio da igualdade.

Por essa razão, Sanches (2009, p.50), defende a ideia da arbitrariedade omissiva, pois quando a norma deveria abarcar determinados sujeitos ou situações, e se omite em relação a alguns deles ou delas, ela evidentemente viola o princípio da igualdade, seja no seu aspecto formal, seja no seu aspecto material.

A Constituição brasileira consolida o princípio da igualdade em vários de seus dispositivos, até mesmo em seu preâmbulo²²³. Portanto, ao elencar os objetivos fundamentais

²²³ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

da República, nosso texto constitucional inclui a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ao declarar os princípios regentes das relações internacionais, a igualdade entre os Estados²²⁴; ao inaugurar o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, além da inviolabilidade do direito à igualdade²²⁵; ao dispor sobre relações entre os sexos, a igualdade entre homens e mulheres²²⁶. Além destes dispositivos mencionados, existem outros relativos à igualdade em situações específicas, especialmente dentre os direitos sociais e na ordem social, e inclusive com relação à ação afirmativa, a exemplo dos artigos artigos 7º, incisos XX, XXX a XXXII e XXXIV²²⁷; art. 201, parágrafo 1º²²⁸; e art. 206, I²²⁹.

Diante deste conjunto de normas, verificamos que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro em vigor ampara as concepções formal e material do princípio da igualdade, claramente expressas pela garantia da igualdade perante a lei (igualdade formal) e da igualdade na formulação da lei (igualdade material).

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". (grifo nosso)

²²⁴ Art. 4º, IV.

²²⁵ Art.5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a Propriedade [...]"

²²⁶ Art.5º, I:"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

²²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

[...]

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

[...]

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

²²⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

²²⁹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

Nesta esteira, afirma Rios (2002, p. 63): “o ordenamento jurídico brasileiro atual acolhe o princípio da igualdade em sua dupla feição formal e material, inclusive quanto à especial e aguda proibição de discriminações consoante os critérios mencionados no texto constitucional”.

3.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

Inicialmente para uma melhor compreensão do tema em questão é necessário, antes de mais nada, introduzirmos o significado do termo liberdade na perspectiva dos direitos humanos.

Neste sentido, a liberdade para Valencia (2003, p 278) é considerada como:

Facultad moral que distingue al ser humano de las demás especies vivientes y que consiste en la capacidad de elegir, mediante el uso de la razón, entre diversos medios y fines, para crear así los estilos de vida o cursos de acción, las relaciones intersubjetivas y las estructuras sociales que constituyen las culturas y la historia. La libertad es la categoría central de la ética y la filosofía desde Grecia y Roma, y está en la raíz del moderno derecho internacional de los derechos humanos, como se pone de manifiesto en la norma fundamental de la norma fundamental, es decir, en el artículo primero de la Declaración Universal de 1948, que es del siguiente tenor: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Esta «marca de nacimiento» es al mismo tiempo la condición moral común que compartimos todos los miembros de la humanidad y que nos hace parientes o prójimos, y la aspiración suprema que le da sentido y razón de ser a nuestra pequeña aventura individual pues se trata de la única fuerza que nos permite cambiar la vida o transformar el mundo y arrostrar la muerte. Todos los derechos humanos derivan entonces de la libertad en que nace y a que aspira todo individuo. Por esta razón, los derechos humanos también son llamados libertades fundamentales, libertades civiles o libertades públicas, según las diferentes tradiciones jurídicas [...]

Assim, quando tratamos das questões relativas à orientação sexual, é indispensável levar em conta que o reconhecimento e a concretização do princípio da igualdade estão intimamente atrelados à ideia de liberdade. Destarte, quando o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos", torna-se evidente a direta relação entre estes valores.

Consequentemente se considera que esta igualdade constitui uma pressuposição para o regime de uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica, portanto, se estabelece como indissociável da liberdade individual (CANOTILHO, 1999).

Destacamos que a igualdade e a liberdade foram elevadas a princípios fundamentais da ordem jurídica constitucional brasileira, sendo que, além do *caput* do art. 5º, em distintos

momentos a Constituição da República faz previsões tangentes à tutela da liberdade, como por exemplo: a livre manifestação de pensamento (IV), a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (VI), a liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (XIII), liberdade de associação (XVIII), etc.

Além disso, considerando que sejam possíveis algumas limitações ao direito de liberdade, advertimos que estas apenas podem ser estabelecidas pela ordem jurídica e, ainda assim, devem guardar coerência com o direito a que se referem sob pena de, se transformarem em arbitrariedades. Deste modo, somente a ordem jurídica pode estabelecer, legitimamente, restrições ao direito de liberdade e estes limites nada mais são do que a proteção que o ordenamento jurídico empresta a determinados bens jurídicos, como a vida, a propriedade e a própria liberdade.

Segundo Barroso (2010, p. 678):

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infraestrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir

O reconhecimento, da sexualidade como parte integrante da própria condição humana é imperativo, uma vez que ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver garantido o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que abrange tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

De fato, o conceito de liberdade em sua forma mais moderna incide em considerar a liberdade como uma espécie de imunidade. Neste sentido afirma Lopes (2007, p. 43):

Ter liberdade como um direito significa poder dispor de si sem dar satisfações a ninguém. Essa espécie de liberdade, tradicionalmente chamada também de *dominium sibi*, o domínio de si, o senhorio sobre si mesmo, nunca é completa, já que o sujeito humano, por definição, existe em situação de sociabilidade. Nascemos num mundo que nos precede, nas palavras de Ricoeur, que já está pronto, e nos tornamos livres nesse mundo de companhias humanas. Nesse mundo já pronto é que aprendemos uma língua e por meio dela somos capazes até mesmo da reflexão, da consciência e do diálogo interno (TAYLOR, 1994, p. 32). Não se trata de falar da liberdade de quem vive isolado, para quem os problemas de liberdade - que a rigor

interessam - ficam suspensos ou desaparecem. Não se trata tampouco de falar dos que não são capazes de compreender ou contar com a presença de outrem, os *loucos*. Liberdade jurídica indica a existência de um campo de ação em que o sujeito está imune às imposições alheias, de um igual ou de um superior.

Diante de tal conceito surgem as seguintes questões: o que ocorre no campo da sexualidade? Pode o indivíduo ter liberdade de disposição do seu próprio corpo?

Em resposta a essas questões, assegura Lopes (2007, p. 53):

Sim: a resposta é que cada um pode conduzir sua vida como quiser, e que o paternalismo não tem lugar apoiado no sistema jurídico. Pode-se recomendar, pode-se aconselhar, mas não se pode impor a cada um o bem. Mill chama a atenção também para esse ponto, insistindo que não se deve dizer, por meio da lei coercitiva, o que um adulto deve fazer com sua vida (e consigo mesmo), embora se possa adverti-lo e instruí-lo. Os deveres para consigo não podem ser impostos; só os deveres para com outros se impõem. Assim, quando as práticas sexuais dizem respeito aos outros é preciso que estes se vejam protegidos de interferências individuais indesejadas (pelos formas mais evidentes de força, abuso ou fraude), mas o ponto de partida para os deveres não é a moralidade social em si mesma, mas o direito fundamental dos indivíduos que se quer proteger.

Segundo Barroso (2010, p. 679):

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

Ressaltamos que a liberdade aqui tratada é uma espécie de imunidade, mas, por isso mesmo, é um termo relacional. Portanto, tal como a igualdade é sempre uma relação de uma coisa (ser) com outra, a liberdade é sempre uma relação de um ser com outro(s). Isto por si já nos previne da interpretação, equivocada a nosso ver, de que na tradição liberal a sociedade não é levada em consideração. Ela é levada em consideração, mas a liberdade de que se fala é justamente da relação moral e politicamente aceitável da sociedade (sociedade política, enquanto governo, ou sociedade civil, enquanto opinião pública, nos termos de Mill) com os indivíduos ou pessoas. Ora, no que diz respeito à liberdade sexual, estão, em geral, em confronto duas pessoas ou mais que estabelecem entre si relações sexuais, e a política ou opinião pública (LOPES, 2007).

Neste contexto, é plausível assegurarmos que o direito de liberdade, e de liberdade fundamental na forma da constituição brasileira, significa que as pessoas podem viver mais ou menos como bem lhes aprouver, garantida igual e simultânea liberdade para todos. Desta forma, os direitos sexuais não parecem apresentar qualquer problema. A liberdade moral (cada um se desenvolve para tornar-se senhor de sua vida e de suas alternativas) e a liberdade civil (todos têm igual liberdade até o limite do dano causado a outrem) dão suporte suficiente à tese de que os direitos sexuais são perfeitamente reconhecíveis como liberdades fundamentais na esfera da vida sexual.

Sem embargo, o problema pode aparecer, no que diz respeito às formas de discriminação que o sistema jurídico de uma sociedade livre pode aceitar, quando tais discriminações se fundamentarem em critérios não críticos (como são o da maioria, da tradição, da religião) para restringir a expressão da vida sexual dos cidadãos dessa sociedade.

Segundo Lopes (2007, p. 57):

[...] No seu clássico ensaio sobre a liberdade, Mill indica com bastante precisão qual o perigo que antevê nas formas de liberalismo de seu tempo [...] ele demonstra consciência de que o controle puro e simples dos governantes não é o bastante para garantir a liberdade. A liberdade joga em sua filosofia moral e política o papel central, mas ele a define assim: "A única liberdade que merece o nome é a de buscar nosso próprio bem de nosso próprio jeito, desde que não tentemos privar os outros dos seus ou impedir seus esforços para obtê-lo." (MILL, 1974, p.138). Com isto, ele indica como as restrições à liberdade podem vir e cada vez mais frequentemente vêm, da opinião pública, da opinião da massa, da média aritmética das opiniões dominantes ou da mediocridade. Essa é uma forma de dominação e opressão que não se restringem ao espaço privado e não permitem aos indivíduos exercerem, ou melhor ainda, desenvolverem sua autonomia. Sem autonomia, não há liberdade. Logo, é preciso combater também as restrições desnecessárias à liberdade, aquelas que impedem a autonomia dos sujeitos.

O grande risco da atitude conservadora é que se passa de um princípio moral e político aceitável (que o poder político se exerce por delegação da maioria), para um princípio inaceitável (que o que a maioria faz está além da crítica e da resistência). Esse risco foi chamado de populismo moral. Neste contexto, afirma Hart (1987, p. 95):

[...] Parece realmente fácil acreditar que a fidelidade aos princípios democráticos impõe a aceitação do que se pode chamar de populismo moral: a concepção de que a maioria tem o direito moral de determinar como todos devem viver. Esta é uma má interpretação da democracia, a ameaçar a liberdade individual [...]

De acordo com Lopes (2007, p.71):

Esse perigo [...] mostra como ele não apenas existe como funciona em sociedades contemporâneas e particularmente no Brasil, onde parece estar de tal forma incorporado a nossas práticas antidemocráticas que chega a provocar em alguns a afirmação de que as liberdades pessoais são menores e podem aguardar na fila da distribuição das liberdades...

Embora largamente contestado, vale também mencionarmos aqui o posicionamento de um dos mais importantes representantes da escola contemporânea de direito natural, que se caracteriza, entre outros aspectos, por sua oposição ao liberalismo político e à concepção de autonomia moral do indivíduo.

A recusa de toda conduta homossexual e seu registro na arena jurídica está edificada na negação ao indivíduo de sua autonomia para o exercício de sua sexualidade, uma vez que o sexo é apenas uma função biológica a serviço do bem comum do casamento e seus significados da amizade e procriação. Dessa maneira, não é possível falar-se em liberdade sexual, e são aceitos tratamentos desiguais de indivíduos fundamentados em sua conduta sexual (FINNIS, 1997).

Segundo Leivas (2007, p. 74):

Tal teoria não é compatível com a dogmática (ciência do direito) dos direitos fundamentais majoritariamente aceita em nosso país e com a jurisprudência de nossos tribunais nacionais. Com isso, ela afasta-se do teor liberal adotado pelo constitucionalismo ocidental e pela Constituição Federal de 1988. Outrossim, mesmo que aceitos os seus fundamentos jusnaturalistas e metafísicos, sua rejeição da conduta homossexual dependeria de evidências empíricas que foram pressupostas, mas não comprovadas. Este é o caso da tese de que os casais homossexuais não podem realizar o bem comum da amizade.

A sexualidade como direito consiste em uma representação primorosa para compreender os conflitos relacionados à liberdade, visto que, ora ocupa o campo das políticas públicas, como um direito à saúde, e ora relaciona-se a não discriminação e aos direitos de autodeterminação, abarcando a garantia do livre desenvolvimento da personalidade por meio do respeito a distintas práticas e identidades.

Não obstante, o que se complica, é o princípio da efetividade do direito com a natureza do direito em si. A ocorrência de um direito assumir duas esferas da ordem social por motivo da sua natureza interdependente e transindividual, ou seja, equivaler ao mesmo tempo, a uma categoria autônoma (sexualidade) e vinculada a outras categorias como a cidadania, justiça, saúde, não significa que o direito individual sobre a prática e a identidade sexual esteja subjugado às deliberações de determinada ordem social. O sentido de efetividade adotado após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o de que o direito não se reduz a uma atividade meramente declaratória, mas abarca a realização mesma dos direitos.

Em parte essa compreensão decorre do processo histórico de construção dos direitos humanos²³⁰ e da incorporação desta compreensão nos ordenamentos (BUGLIONE, 2007).

O problema é que o exercício da sexualidade é capaz de refletir-se para além dos indivíduos ou das suas práticas privadas, como o direito à seguridade social, ao acesso ao sistema de saúde, ao acesso à informação, assim como várias prestações pautadas nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que podem ser relacionadas ao tema da sexualidade (RIOS, 2005; VENTURA, 2003).

Todavia, afirma Buglione (2007, p. 93):

[...] as características interdependentes e transindividual dos direitos da sexualidade não denotam que o que irá basear a ordem social é um paradigma coletivista, no qual o indivíduo se subjugava à vontade da maioria, até porque, cabe destacar, não é a vontade da maioria em termos quantitativos ou de um sufrágio universal que caracteriza as democracias liberais. Se assim fosse, estaríamos à mercê de retrocessos como o retorno irrestrito da pena de morte no Brasil ou, nas palavras de John Rawls (1997), estaríamos à mercê da "tirania da maioria ou tirania da multidão" (em algumas situações a tirania das minorias). As democracias liberais se qualificam pelo respeito às liberdades de forma que direitos sejam igualmente reconhecidos e garantidos, ou seja, efetivados; o que também implica a exigência de responsabilidade dos sujeitos capazes e igualmente livres e autônomos.

É imperioso observar que em alguns casos a norma que alude à prática e à identidade sexual pode não estar edificada em pressupostos de liberdade, mas de controle do Estado. Um exemplo é a epidemia de HIV/AIDS ou a esterilização de mulheres. Sob uma capa de bondade e garantia de direitos, são mantidas situações frequentes de exclusão e práticas paternalistas de medicalização "do outro". A identidade e a forma "do outro" viver a vida tornam-se ou um desvio moral ou uma enfermidade, devendo, assim, ser corrigido ou tratado. Em distintas ocasiões, o discurso dos direitos humanos serve como argumento retórico para abrandar razões de uma ordem social na qual a liberdade e a dignidade dos indivíduos não são, ou não é mais, o valor fundamental. Sob o argumento do cuidado e do acesso à saúde se promovem, por exemplo, serviços públicos para "curar" homossexuais. Por isso, é preciso, inicialmente, analisar sobre qual arquétipo de sociedade o debate se instaura; caso contrário, corre-se o risco de incoerências lógicas básicas e de perderem-se os critérios que irão indicar a

²³⁰ Este processo histórico é constante, para compreendê-lo fazemos uso da clássica divisão de Norberto Bobbio (2004) das diferentes "ondas" de direitos humanos. A primeira onda é aquela que reconhece sujeitos e direitos: direitos civis e políticos, e a perspectiva negativa de ação do Estado, ou seja, a não discriminação. A segunda "onda" refere-se às ações positivas do Estado na perspectiva de garantir direitos: direitos sociais, difusos e políticas públicas; e a terceira "onda" como aquela que reconhece as conexões globais e os contextos desses direitos: cultura local, diferentes sujeitos morais, meio ambiente, política internacional, interesses econômicos, tecnologia, etc.

construção do sentido e da compreensão a respeito dos direitos de sexualidade e dos direitos humanos.

Neste contexto, acrescenta Buglione (2007, p. 93-94):

A discussão sobre os direitos de sexualidade pode ser pensada como uma reflexão sobre o modelo de sociedade adotado em determinado contexto sociocultural. No Brasil, o princípio democrático e laico de um modelo de organização social liberal garante não apenas a não-discriminação em relação a diferentes práticas e identidades sexuais, mas precisa prever instrumentos capazes de garantir o respeito a essa diversidade. Contudo, o dinamismo do "ser" sexual exige um questionamento sobre um conceito jurídico para esses direitos da sexualidade. Trata-se aqui da necessidade de pensar a universalidade, a igualdade e a liberdade associadas à diferença, à diversidade e à dignidade. O problema a ser enfrentado é que o reconhecimento de uma identidade não implica diretamente o reconhecimento e a garantia das suas conseqüências; por exemplo, a questão da adoção por casais homossexuais, os transgêneros e o registro civil e a seguridade social. Ou seja, a interdependência e transindividualidade desses direitos ainda é um ponto obscuro quando se refere ao reconhecimento de direitos em questões que afetam a moral de diferentes grupos sociais.

Por fim, devemos ressaltar que a sexualidade é um componente da própria natureza humana, seja ela individual ou genericamente ponderada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem preferência sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito humano e fundamental.

Desta forma, persistir ajuizando a sexualidade com preconceitos estabelecidos pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro é impróprio, e não faz sentido, pois as relações sociais são dinâmicas e não condescendem com preconceitos que ainda se encontram embebidos da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado. Imprescindível é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura da contemporaneidade.

3.4 DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de igualdade, amplamente analisada nos itens prévios, tem como consequência imediata o combate à discriminação. Neste sentido, afirma Barrère Unzueta (1997, p. 19):

“Discriminar” es un verbo con dos sentidos diversos. Por un lado, en su sentido originario, significa simplemente *distinguir* o *diferenciar*; en este caso el empleo del término es *neutro*, debido a que, en principio, efectuar distinciones o diferenciaciones (también entre personas) no tiene por qué llevar aparejadas connotaciones positivas o negativas. Sin embargo, «discriminar» también ha adquirido en la actualidad, y especialmente en el discurso jurídico del siglo XX,

connotaciones peyorativas que acercan su significado al de palabras como «parcialidad», «prejuicio», «favoritismo», «fanatismo» o «intolerancia»⁵. En esta última acepción, «discriminar» significará, sí, distinguir o diferenciar, pero – dicho rápidamente – para mal o *negativamente*.

No Direito brasileiro, são poucos os textos jurídicos sobre a discriminação por orientação sexual, pelo menos os que tentam minimizar os efeitos da discriminação, e, em sua grande maioria, partem do ponto de vista, da tolerância indulgente e heterossexista.

Destarte, após a análise dos princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade nos itens anteriores, trataremos, neste momento, de verificar se a orientação sexual, no caso, a homossexualidade, pode ser considerada como fator justificador de um tratamento jurídico ou não. Salientamos, contudo, que nesta Tese, adotamos como conceito de discriminação aquele já presente ordenamento jurídico brasileiro, que pode ser inferido pela análise conjunta dos dispositivos constitucionais diretamente pertinentes à proibição de discriminação, e dos termos em que está definida a discriminação na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher²³¹.

Segundo Rios (2008, p. 20):

Tendo por base os termos destes documentos internacionais, cuja relevância constitucional no direito brasileiro é explícita, pode-se formular o conceito jurídico constitucional de discriminação como sendo "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública". "Distinção", "exclusão", "restrição" ou "preferência" são termos que almejam alcançar todas as formas de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos.

A discriminação por orientação sexual é difundida por toda a sociedade do mesmo modo, no grupo dos discriminadores e no grupo dos discriminados, criando um potencial definitivamente extraordinário de discussão. Podemos encontrar – tratando dos homossexuais especificamente – homossexuais entre brancos e negros, pobres e ricos, comunistas e liberais, ateus e crentes, e assim por diante, não dependendo, portanto, de raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião ou orientação política.

Neste contexto, explica Rios (2001, p. 25): "sempre que se analisa a justificação de um tratamento diferenciado numa certa situação, parte-se de uma série de pressuposições e

²³¹ Conferir notas 31 e 32 do Capítulo 1.

conceitos, que vão desde a eleição daquele que deve ser o tratamento normal, comum, até a legitimidade do critério diferenciador, justificador da medida incomum, excepcional".

A discriminação é um fenômeno social, por isso, a sua explicação ultrapassa o âmbito do direito e as suas disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas, e sua conceituação não se reduz àquilo que os juristas entendem por tal. A discriminação, portanto, pode ser entendida como uma qualificação normativa negativa do fenômeno social correspondente²³².

Portanto, por ser social a discriminação é dinâmica, e isso significa que ela varia no tempo e espaço, de forma que num mesmo contexto, o mesmo fato pode derivar discriminatório para uma pessoa, mas para outra não ou pode ser visto como discriminatório num determinado período histórico e em outro não.

No Brasil, o processo discriminatório está vinculado a uma complexa estrutura, em que se encontram interligados fatores de ordem econômica, cultural e social. Este caráter social da discriminação também tem grande relevância em relação à homossexualidade, na medida em que somente a partir das mudanças em torno das diversas concepções vigentes na sociedade, tais como: a visão cristã, que considerava o homossexualismo o pecado mais perverso, à medicina, que considerava homossexualismo uma doença, é que os homossexuais puderam "sair do armário"²³³ e assumir a sua verdadeira identidade, ainda que sujeitos às mais diversas manifestações discriminatórias e preconceituosas (SANCHES, 2009, p. 52).

²³² Segundo Barrère Unzueta (1997, p. 20-21): "Desde una perspectiva amplia, la discriminación es un fenómeno *social*. Por de pronto, esto significa que su explicación excede al Derecho y a las disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas y que su conceptualización no se reduce a lo que los juristas entiendan por tal. Desde una perspectiva más estricta, la discriminación es una *cuálificación* normativa negativa de dicho fenómeno social. Además, el ámbito de lo discriminatorio resulta *elástico*, en el sentido de que varía no sólo según el tiempo y el lugar sino que, incluso, lo que en un mismo contexto puede resultar para una persona discriminatorio, para otra puede no ser así. En esta misma línea conviene precisar que, como valoración *comparativa*, la discriminación admite grados. Y, por último, que nada resulta discriminatorio "por lógica" o "por naturaleza".

²³³ Saída do armário é um termo utilizado que significa o momento em que o homossexual se assume como tal em relação aos outros.

Uma das decisões mais difíceis e importantes na vida de pessoas gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros estão relacionadas com a saída do armário, ou seja, viver aberta e honestamente sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Neste sentido, o Estruturação - Grupo LGBT de Brasília, a partir de 2009, passará a comemorar o 11 de outubro, Dia de Sair do Armário. O objetivo é envolver lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e heterossexuais na construção de uma realidade em que a diversidade de orientação sexual e a identidade de gênero possam ser vividas de forma livre e respeitosa. Algo que passa, necessariamente, pelo bem-estar individual de se colocar na sociedade como LGBT sendo-se verdadeiramente quem se é. A iniciativa é feita para trazer ao Brasil o movimento sobre o tema que é feito desde 1987, quando, nos EUA, começou-se a celebrar o National Coming Out Day, em 11 de outubro. Entretanto, a proposta não é determinar um dia para se sair do armário, mas sim levantar o debate sobre a importância de se assumir e se ser publicamente quem se é internamente.

Interessante também, conferir o depoimento da Presidenta da Human Rights Campaign sobre o tema no ANEXO C.

Nessa perspectiva, argumenta Trevisan (2002, p. 511-512):

[...] Aprendemos a viver em meio aos *fragmentos* que nos deixaram sobrar. Os negros brasileiros sabem do que estou falando: pensem na feijoada, hoje prato nacional, criada pelos escravos com os restos de comida que recebiam. No caso homossexual, a singularidade está na repressão que sofremos desde pequenos. Pode parecer pouca porcária. Mas não é. A sociedade, tal como constituída, dificilmente poderá nos aceitar em seu seio — a menos que ela mude, coisa comprovadamente difícil; ou que mudemos nós—tal como já fizeram milhares de pessoas no decorrer da História. Essas são as duas alternativas possíveis. E digo por que a sociedade não pode nos engolir. Por mais que proliferem os bares, as danceterias, as saunas, os desfiles de moda, as peças/filmes/exposições e até mesmo os espaços na mídia, estaremos sempre sob vigilância estrita — porque somos basicamente condenáveis. Socialmente, vivemos num ilusório bolsão de tolerância. Ou será que, na reforma constitucional brasileira, você viu a esquerda votando a favor da opção sexual como um direito do cidadão? Será que já ouviu D. Evaristo Ams, o cardeal que adora ficar do lado dos oprimidos, reconhecer a opressão aos homossexuais? Será que você conhece algum organismo internacional ligado à ONU que defenda os direitos homossexuais no mesmo grau de legitimidade com que brande os direitos dos negros, das crianças, das mulheres, dos índios etc? Não. E duvido que vá conhecer tão breve. Pelo mesmo motivo que até hoje não permitiu indenização aos homossexuais vítimas do nazismo, como aconteceu com outros grupos, fossem eles judeus, políticos e até mesmo ciganos. Ou pelo motivo que leva os delegados brasileiros a engavetar sistematicamente os casos de assassinatos de homossexuais [...]

Em se tratando da homossexualidade, sua invocação como critério eventualmente justificador de tratamentos diferenciados (discriminações) contém inúmeras concepções (no mais das vezes, preconceituosas), cuja explicitação é de rigor.

Podemos assegurar que os termos preconceito e discriminação são correlatos e, apesar de designarem fenômenos distintos, são por vezes empregados de modo intercambiado. Neste contexto, afirma Rios (2008, p. 15):

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.

Com efeito, o preconceito pode ser entendido como conceito ou opinião formada previamente, sem maior avaliação ou conhecimento dos fatos, uma ideia preconcebida sem apreciação crítica, assumido em virtude da generalização apressada de uma experiência pessoal ou fruto, ainda, de uma intolerância e xenofobia, aparece como uma das causas da discriminação, uma vez que dele advêm diversas práticas discriminatórias.

Consequentemente, visto como julgamento prévio mediante generalização sem qualquer distinção das dimensões de determinados indivíduos ou grupos sociais, o preconceito está arraigado no próprio inconsciente popular e interfere diretamente no ato da discriminação. As multiplicidades de qualidades dos indivíduos que os diferenciam dos demais são enxergadas no aspecto negativo, o que, por implicação, induz à estigmatização do grupo excluído.

Assim, outro conceito também diretamente ligado à ideia de discriminação e preconceito diz respeito ao estereótipo. Segundo Programa Nacional de Direitos Humanos, elaborado pelo Ministério do Trabalho em parceria com a Organização Internacional do Trabalho, "Brasil, gênero e raça", ao abordar questões como discriminação, preconceito e estereótipo, afirma:

Estereótipo, embora possua nome complicado, tem funcionamento que pode ser comparado ao de um simples carimbo. Uma vez 'carimbados' os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele 'atributo', as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo carimbo. Exemplo: todo judeu é sovina; todo japonês é introspectivo; todo português é burro; todo negro é ladrão.²³⁴

Nesta direção, afirma Sanches (2009, p. 54):

A questão do estereótipo, portanto, não permite que as pessoas de determinados grupos sejam avaliadas pelas suas reais qualidades, eis que passam a ser rotuladas ou "carimbadas" com aquele ou este atributo. Nas questões ligadas à orientação sexual, não é difícil nos depararmos com discriminações amparadas em estereótipos arraigados na cultura popular, como "todo gay é depravado"; "todo cabeleireiro é veado" (utilizando aqui o linguajar pejorativo frequentemente utilizado); dentre outros.

É significativo observar que, segundo Rios (2007, p. 11-112):

Anti-semitismo, racismo, sexismo e homofobia são as expressões mais patentes do preconceito e da discriminação nos debates públicos e nas lutas sociais e políticas desde meados do século XX. É, pois, considerando estas manifestações, que o estudo e a compreensão do preconceito e da discriminação têm-se estruturado, tanto na esfera acadêmica, quanto nos âmbitos social e político. Dentre tais expressões discriminatórias, a homofobia é aquela menos discutida e ainda mais controversa. Isto se constata pela discrepância entre a bibliografia e as políticas públicas desenvolvidas a partir de cada um destes temas, sem esquecer da relativa leniência diante de manifestações homofóbicas, se comparadas, por exemplo, às reações diante do racismo ou do sexismo.

²³⁴ Cf.: BRASIL, Ministério do Trabalho. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Gênero e raça**: todos pela igualdade de oportunidades – teoria e prática. Brasília: Ministério do Trabalho, Assessoria, 1998.

Em breves palavras podemos conceber a homofobia como forma de preconceito, que pode resultar em discriminação ou ainda, de modo mais específico, como a modalidade de preconceito e discriminação direcionada contra os homossexuais.

Com esse sentido, o termo costuma ser empregado quase que exclusivamente em referência a conjuntos de emoções negativas (tais como aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação a pessoas homossexuais ou pessoas assim identificadas.

Afirma Hernández (2007) que:

La palabra homofobia, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “la aversión obsesiva hacia las personas homosexuales”, fue acuñada por el psicólogo estadounidense George Weinberg para expresar “el temor a estar cerca de los homosexuales”. Actualmente es una palabra de uso común, con algunas variantes recientes, como transfobia, para describir el temor u odio hacia los transexuales e incluso lesbofobia, para particularizar el odio a las mujeres lesbianas.

Segundo López Sánchez (2006, p. 74): “La homofobia, el miedo y el rechazo a la homosexualidad tienen varios componentes (ideas, sentimientos y conductas), su origen es muy diversa. Pero es una actitud peligrosa basada en la ignorancia y el miedo”.

Para Borrillo (2001, p. 36):

La homofobia puede ser definida como la hostilidad general, psicológica y social, respecto a aquellos y aquellas de quienes se supone que desean a individuos de su propio sexo o tienen prácticas sexuales con ellos. Forma específica del sexismo, la homofobia rechaza también a todos los que no se conforman con el papel predeterminado por su sexo biológico. Construcción ideológica consistente en la promoción de una forma de sexualidad (hetero) en detrimento de otra (homo), la homofobia organiza una jerarquización de las sexualidades y extrae de ella consecuencias políticas.

Segundo este autor, a homofobia acrescenta em sua expressão sentimentos de repulsa ou hostilidade a pessoas que possuem um desejo por outras do mesmo sexo (ou, ao menos, apresentam essa possibilidade). Essa repulsa é levada a cabo quando esse ser (quase ontológico) é posto na posição de um outro, tido nesse caso como inferior ou anormal. Essa desproporção entre um eu falante e outro anormal, distante e praticamente irreconhecível, é um paradoxo importante, já que alimenta a lacuna constitutiva de um ideal e de um real.

Tal lacuna é relacionada com outras formas de “infravaloração”, como o racismo e a xenofobia, já que ambas sustentam em sua formação uma “diferença natural” expressa através da segregação do que venha a ser o outro. A base dessas dicotomias que são causas das discriminações está na diferenciação entre um eu “civilizado” e um outro “selvagem”, que seria, conforme o citado autor, a raiz do binômio aceitável/inaceitável. A rigor, a homofobia

compõe o leque mantenedor desses binômios que se expressam nas ações cotidianas de forma naturalizada por meio de uma divergência naturalizadora, em que não apenas os dispositivos biológicos estão sendo postos em voga, mas estão sendo chamados para compor junto com as instâncias culturais as raízes da “naturalidade” da homofobia.

Essa naturalização da homofobia proporciona, através de dispositivos de poder vinculados aos mecanismos legitimados pela união dos aparatos científico-jurídico-pedagógico-políticos, uma desigualdade de acesso a recursos econômicos, políticos, sociais, jurídicos e culturais, que deixam lésbicas e gays em desvantagem nas relações sociais.

Com efeito, afirma Borrillo (2001), esse processo de naturalização da homofobia foi sendo construído historicamente, primeiro evidenciando como o cristianismo, herdeiro da tradição judaica, delega à heterossexualidade o único comportamento natural conforme a lei divina, inaugurando assim uma homofobia até então desconhecida nas populações. A heterossexualidade enquanto normalidade para Deus e o casamento monogâmico como responsável pela procriação, expressos na bíblia judaico-cristã, apresentam resquícios ainda hoje levados a cabo nos discursos político-administrativos. Para legitimar isso, a monogamia e os “papéis de gênero” são extremamente marcados, já que cada indivíduo (o homem e a mulher) possui um papel importante na “formulação da vida”. Além disso, é apenas na heterossexualidade que a diferença sexual pode se concretizar com mais clareza. Ou seja, o autor demonstra como a bíblia e as leis divinas propostas por ela auxiliaram na construção da forma de homofobia que vivemos hoje em dia.

Diante do exposto, paira a questão: é possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Afirma Rios (2001) que é possível sim, na medida em que existe um padrão dominante. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.

Neste sentido, é importante esclarecer que a expressão "minoria", aqui empregada, não deve ser entendida no seu sentido quantitativo, senão como uma qualificação jurídica daqueles grupos cultural e historicamente contemplados com um cabedal menor de direitos efetivamente assegurados que outros que detém o poder ou, melhor dizendo, que se encontram numa posição de "dominação" (SANCHES, 2009, p.18).

Afirma ainda Rios (2001) que é curioso perceber que, mesmo as pessoas que se dedicam ao estudo do tema da discriminação por orientação sexual, tentando reconhecer direitos ou avançar na discussão e na efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos

humanos, trabalham com uma perspectiva, que denomina de discurso tolerante, indulgente e heterossexista, ou seja, relacionam a questão a pessoas dignas de pena, para as quais se deveriam conceder alguns direitos.

Trata-se de uma perspectiva de tolerância condescendente, semelhante ao que ficou evidenciado ao longo de décadas de debate do feminismo, considerando o princípio da igualdade simplesmente do ponto de vista do discriminador. Quando nos referimos a esse princípio como o que proíbe a discriminação, ou seja, como princípio antidiscriminatório, estabelecemos um padrão, que é o patamar, a partir do qual tudo deverá ser referenciado. Esse patamar, por exemplo, pode ser considerado o homem branco, através do qual o princípio da igualdade proibirá a discriminação.

Observa Rios (2001) que ao equipararmos as mulheres aos homens, os negros aos brancos, os homossexuais aos heterossexuais, incidimos numa armadilha ideológica existente na formulação do princípio de igualdade meramente como princípio proibitivo de discriminação. Esse princípio parte sempre da hipótese de que há um padrão dominante, ou seja, um parâmetro, ao qual os outros devem ser conformados.

Neste entendimento, a pessoa pode sobreviver, desde que não apareça, ou seja, desde que se coadune a esse parâmetro. As mulheres, os negros e os homossexuais terão direitos desde que se comportem e aceitem todas as visões do mundo, as posturas e as condutas dos homens brancos heterossexuais (FOUCAULT, 2003).

Recordamos que, essa é a visão simplista do princípio da igualdade, confinado ao princípio da antidiscriminação. Lógico que é um avanço, mas não parar o processo por aí, devemos ir além e interpretar o princípio da igualdade também como princípio da anti-subjugação, que se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve aferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de sua condição, o que difere totalmente de se nomear um padrão ao qual os dessemelhantes devam ser equiparados.

Diante do exposto, podemos afirmar que, a discriminação, por conseguinte, é a solidificação dos preconceitos e estereótipos que são desenvolvidos nas sociedades e que geram injustificável exclusão social, pois alteram a igualdade de oportunidades entre as pessoas pertencentes aos chamados grupos vulneráveis.

Em se tratando dos homossexuais, sobretudo, a discriminação, diversas vezes, se revela de modo perspicaz e a convivência pacata com certos "padrões de injustiças" e a naturalização das desigualdades acarretam uma aceitação pacífica desta situação, tanto pelo indivíduo que discrimina como pelo indivíduo discriminado.

Assim, a discriminação negativa é o tratamento desigual que gera um desfavor ao indivíduo, denegando-lhe o exercício de algum direito ou excluindo-o do convívio social, fundado em critérios injustos e injustificados. No entanto, é imprescindível, que o tratamento diferenciado dispensado a alguns indivíduos cause um prejuízo considerável, quando ponderado com o tratamento dispensado aos outros indivíduos ou grupos desses, para que se caracterize este tipo de discriminação.

Em muitas situações, uma conduta positiva do Estado é reclamada, através de políticas de proteção, a fim de equilibrar desigualdades, retificar deformidades sociais e garantir a igualdade de oportunidades para aqueles indivíduos ou grupos excluídos histórica e culturalmente. É nessa acepção que se justifica a discriminação positiva, também chamada de ação afirmativa ou “ações afirmativas”, que serão analisadas no próximo capítulo.

É importante ainda salientar que a discriminação pode assumir distintos aspectos, efetivando-se direta ou indiretamente ou consolidando-se em ações afirmativas.

Segundo Rios (2008, p.22): “o direito norte-americano utiliza-se, na maior parte das vezes, das expressões *disparate treatment* para referir-se à discriminação direta e *disparate impact* para referir-se à discriminação indireta”.

A discriminação direta é aquela cujo tratamento desigual está baseado em critérios proibidos, por exemplo, aqueles apontados no ordenamento jurídico pátrio: sexo, cor, religião, origem, raça, etc. A indireta, por sua vez, é a que tem uma aparência formal de igualdade, e talvez por isso mais habitual, mas que na verdade institui uma situação de desigualdade. É o caso, por exemplo, da instituição de um adicional de remuneração a uma determinada função, ocupada exclusivamente por homens²³⁵.

A discriminação direta, logo, ocorre através da exclusão explícita de determinadas pessoas ou grupos por causa das características que lhe são particulares. Esta tipologia da discriminação ocorre, na maioria das vezes, como instrumento de manutenção de superioridade de determinados grupos em detrimento daqueles que se encontram numa situação desfavorável.

²³⁵ Nesse contexto, vale destacar que, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, segundo PALOMEQUE LÓPEZ (2004, p.172) vem considerando que: “en relación con el sexo, la prohibición de discriminación impide ciertamente la consideración de aquél como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo (STC 28/1992), ya sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa (“tratamientos peyorativos”, abiertos o incubiertos, que se fundan en la “pura y simple constatación del sexo de la víctima), ya en su vertiente indirecta (“más sutil y común”), la que tiene lugar bajo la apariencia de “tratamientos formalmente neutros o no discriminatorios” pero que encubren consecuencias perjudiciales (en atención a “razones o circunstancias” diversas que tienen una “conexión directa e inequívoca” con el sexo de la persona) para los miembros de un determinado sexo, generalmente femenino (SSTC 145/1991, 147/1995, 136/1996, 198/1996, 250/2000 y 41/2002).

Já a discriminação indireta, apesar de apresentar uma aparência formal de igualdade, causa efeitos diversos sobre determinados grupos, instituindo uma verdadeira situação de desigualdade. Esta tipologia da discriminação tem sido entendida por muitos autores como a forma mais perversa de discriminação. Uma possível explicação para isso é o fato de que ela se alimenta de alguns mecanismos arraigados e considerados legítimos sob o manto de um aparente estado de igualdade.

Segundo Barrère Unzueta (1997, p. 24):

El primer binomio lo plantea CAMPBELL como sigue: "La discriminación es directa si los tratamientos (*allocations*) que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. "Ningún/a gigante se bañará en esta playa" puede ser una discriminación directa contra los gigantes. La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Así, "ninguna persona que ingiera más de 6.000 calorías al día se bañará en esta playa" puede discriminar indirectamente a los gigantes, que son, en general, grandes comedores y que, por lo tanto, resultan desproporcionadamente afectados por la prohibición".

Neste mesmo lastro afirma Sanches (2009, p. 60):

Um exemplo típico de discriminação indireta é verificado naqueles anúncios de emprego que dentre outras qualificações exige "boa aparência" ou idade jovem". Este tipo de critério de seleção guarda em si forte traço discriminatório, eis que a aparência estética ou a idade do candidato, em regra, não constituem critérios legítimos de diferenciação. Os mecanismos de ação afirmativa nestes casos também são extremamente úteis para coibir este tipo de discriminação em anúncios de jornais ou outros meios de comunicação.

Em se tratando da discriminação indireta, não há obrigação de se demonstrar a intenção do agente de praticar a discriminação, é suficiente que se comprove a conduta discriminatória. Neste caso, por conseguinte, o que se avalia são os efeitos da conduta discriminatória e não a intenção do agente ao praticá-la.

Ainda que seja mais frequente, a discriminação indireta, é a mais perspicaz e menos evidente. Por isso, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, em virtude da dificuldade de ser comprovada, compete ao acusado o ônus de comprovar que não praticou o ato discriminatório.

Deste modo, a discriminação em razão da orientação sexual, na maioria das vezes, se eterniza, disfarçada por meio de condutas que no seu interior escondem o intuito discriminatório do agente. Esta situação é intensificada pelas próprias características que interpõem-se à homossexualidade pois, ao contrário da mulher, do negro, do deficiente, em que os fatores discriminatórios são notórios, a orientação sexual de cada um não é identificável pela aparência externa, o que facilita o agir

discriminatório e inibe a adoção de medidas positivas que proporcionem a inclusão. Ademais, além da discriminação direta e indireta, há também a discriminação institucional.

Segundo Rios (2008, p. 134-135):

A ideia de discriminação institucional, cujo conteúdo reclama a superação da intencionalidade e, portanto, desencadeia a aplicação do *disparate impact test*, encontra raízes no debate sociológico norte-americano.

A perspectiva institucional, por sua vez, enfatiza a importância do contexto social e organizacional como efetiva raiz dos preconceitos e comportamentos discriminatórios. Ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual, ela volta-se para a dinâmica social e a "normalidade" da discriminação que ela engendra, buscando compreender a persistência da discriminação mesmo em indivíduos e instituições que rejeitam conscientemente sua prática intencional. A relevância da exposição da teoria institucional da discriminação para o estudo do *disparate impact* assenta-se precisamente na explicação fornecida por esta em face da existência de discriminação independentemente da vontade ou da escolha racional dos indivíduos.

O estudo da discriminação institucional é importante porquanto ela dispensa o exame de alguns questionamentos sobre a existência ou não de preconceito em determinadas empresas ou instituições, pois o que se questiona é: onde estão os negros? Quais são as funções exercidas pelos homossexuais e mulheres? Quais são os cargos e salários conferidos a estas pessoas?

Segundo Rios (2008, p. 135-136):

[...] A teoria institucional, inclusive, colabora para a compreensão da discriminação intencional, na medida em que enfatiza os componentes histórico-culturais presentes nas práticas discriminatórias conscientes e deliberadas, os fatores sociais que estimulam a discriminação intencional, bem como possibilita o desmascaramento de condutas discriminatórias intencionais encobertas pela invocação de argumentos superficiais, ainda que bastante difundidos socialmente.

A discriminação implica, portanto, o enfrentamento de desigualdades por parte dos discriminados, qualquer que seja o formato de manifestação. Especialmente, no caso dos homossexuais, a cultura hegemônica-heterossexual e os preconceitos enraizados nestes indivíduos desde o início da história pelos dogmas cristãos tornam este enfrentamento ainda mais complicado e, por isso, a importância do problema ser alocado em termos visíveis para, a partir de então, ser possível se pensar em medidas positivas para a diminuição das desigualdades neste particular.

No direito brasileiro, o princípio da igualdade, conforme já anteriormente abordado, abrange as dimensões formal e material, além de expressamente adotar critérios proibitivos de diferenciação. A proteção constitucional, através do artigo 3º, inciso IV, decorre da inclusão, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, da promoção do bem de todos, sem nenhum tipo de discriminação. Dentre o rol de critérios de discriminação exemplificados, não

consta o termo “orientação sexual”, mas, uma vez que este rol não é taxativo – e o próprio inciso estabelece isto –, temos que a orientação sexual do indivíduo não pode ser motivo de discriminação:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preocupação de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesta mesma direção, observa Rios (2002, p. 132):

[...] as proibições de discriminação por este ou por aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que frequentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Aliás, nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios. Este dado corrobora, ainda mais, a não obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.

Ademais, dentre os direitos e garantias individuais e coletivos, o texto constitucional declara que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais”:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Em outra referência ao termo “discriminação”, o texto constitucional declara o dever da família, da sociedade e do Estado de proteger a criança e o adolescente de toda forma de discriminação:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em todos os casos, a ausência do termo “orientação sexual”, como critério de discriminação, deve ser sentida – na época da Assembléia Constituinte, a inclusão deste termo causou indignação e receio aos deputados das bancadas religiosas, pois tinham medo de

claramente tutelar constitucionalmente os direitos dos homossexuais, mas não se pode negar que qualquer forma de discriminação está incluída e devidamente proibida.

Neste sentido, observa Silva (2006, p. 224):

[...] Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

Conforme já verificado, é patente sob vários aspectos, o caráter inovador e humanista do texto Constitucional de 1988, vários dispositivos deixam clara a preocupação com o cidadão enquanto ser humano e com aqueles direitos que lhes são intrínsecos.

Entretanto, desde uma rápida leitura observamos que o constituinte preferiu apontar expressamente algumas formas de discriminação que elegeu serem as mais relevantes ou, ao menos, as mais habituais, relegando à generalidade as demais formas de discriminação eventualmente constatadas na prática ao longo da história.

No momento em que o constituinte omite a questão da orientação sexual como uma das formas de discriminação expressamente reconhecidas em nosso país, percebemos claramente a força do padrão heterossexista predominante que persiste em relegar ao segundo plano a discriminação por orientação sexual.

Deste modo, observamos que, quando da elaboração do texto, o constituinte considerou ser de grande valor a inserção explícita da origem, da raça, do sexo, da cor e da idade, como fundamentos que não poderiam ser tomados como discriminatórios, a supressão da orientação sexual torna evidente o seu intuito de não reconhecer declaradamente este tipo de discriminação na sociedade brasileira.

Obviamente, são inúmeras as alegações críticas ao posicionamento ora defendido, sendo a principal delas aquela que diz que não competiria ao constituinte originário exaurir todas as formas de discriminação que poderiam vir a aparecer com a evolução da sociedade, motivo pelo qual preferiu uma indicação exemplificativa, relegando "a quaisquer outras formas de discriminação" as demais.

Trata-se de um argumento muito incipiente, pois foi muito mais conveniente e menos controverso para o constituinte preferir expressar apenas as situações mais incontestáveis e

aceitas pelo juízo comum, deixando para a sociedade procurar o reconhecimento daquilo que está implícito.

Entretanto, do mesmo modo que a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade, a orientação sexual também é, sem sombra de dúvidas, parte integrante da identidade da pessoa, por isso censuramos a omissão constitucional de relegá-la às demais formas de discriminação. Além disso, pela própria interioridade que é inerente à identidade sexual de cada indivíduo, a abrangência expressa no texto constitucional se explicaria ainda mais importante.

Com efeito, afirma Sanches (2009, p. 62-63):

Uma interpretação bastante defendida para justificar a omissão constitucional é aquela que incluiu a proibição de discriminação por orientação sexual como hipótese apanhada pela proibição por motivo de sexo, ao argumento de que ambas dizem respeito à esfera da sexualidade. O principal argumento utilizado por aqueles que defendem esta postura é que a discussão em torno da discriminação por orientação sexual necessariamente envolve o sexo da pessoa para quem se dirige o envolvimento.

Neste contexto, exemplifica Rios (2002, p. 133):

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro) [...]

Ainda o mesmo contexto argumenta Sanches (2009, p. 63):

Em que pese a força dos argumentos que sustentam esta posição, entendemos que ela não pode prevalecer por dois motivos: primeiro, porque a razão que motiva a discriminação por orientação sexual não estaria necessariamente no sexo dos participantes, mas sim na coincidência destes sexos. Tanto isso é verdadeiro que, isoladamente, nem Pedro, nem Paulo, nem Maria, sofreriam discriminação até porque na homossexualidade, a aparência física do indivíduo não sofre alteração; segundo porque, aqui, deve ser levado em conta o momento histórico em que a Constituição foi editada e a intenção do constituinte na época da elaboração da norma. Em que pese os movimentos homossexuais na década de 80 já estivessem amplamente espalhados pelo mundo, no Brasil a luta contra a discriminação das minorias sexuais ainda era pontual. Ao contrário, a pressão pela igualdade de gêneros nesta fase estava já bastante forte, principalmente pelo ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho. Embora não possamos negar que este tipo de interpretação é bastante inclusivo, pois tenta trazer para o texto constitucional o reconhecimento da discriminação em face das minorias sexuais, não é possível acreditar que o constituinte, quando vedou a discriminação por motivo de sexo, quis ampliá-la aos homossexuais, pois, de fato, não foi esta a sua intenção.

Compartilhamos do posicionamento de Sanches (2009), por apresentar maior coerência com a realidade, de fato a causa que gera a discriminação por orientação sexual não

estaria essencialmente no sexo dos partes, mas em virtude da concordância ou junção destes sexos, pois no caso da homossexualidade, o aspecto físico do indivíduo não tem a mínima importância, pois não passa por qualquer alteração. Aliás, neste caso, é irrefutável que na imensa maioria das vezes, somente pela aparência de uma pessoa é impossível, identificar sua orientação sexual.

Salientamos ainda o argumento bastante plausível de que o movimento homossexual brasileiro à época não se encontrava bastante consolidado. Na verdade, verificamos que de acordo com Facchini (2005), o movimento homossexual brasileiro surgiu no final dos anos setenta, portanto, à época da Constituição ainda era um movimento incipiente e sem suficiente articulação política para pleitear tais direitos.

Portanto, observamos que a preferência política heterossexista marcante em nossa sociedade, assim como em várias outras, provocou uma grande frustração ao coletivo homossexual, uma vez que foi desperdiçada uma grande oportunidade de desenvolvimento nos assuntos relativos a este tipo de preconceito.

Neste contexto, é imprescindível destacarmos que a inclusão da orientação sexual no inciso IV do art. 3º da Constituição não teria o efeito “mágico” que pudesse extirpar para sempre a discriminação em razão da orientação sexual da sociedade brasileira. Na realidade, tal inclusão não eliminaria ou impediria a existência da discriminação prevalente em torno dos homossexuais, mas sem dúvida alguma, seria capaz de tornar mais forte a luta, daria grande força aos movimentos destas minorias em torno do reconhecimento efetivo dos seus direitos, uma vez que, evidentemente, é muito mais complicado reclamar ante a sociedade o tratamento igualitário sem ao menos haver conseguido o reconhecimento formal desta modalidade de discriminação.

Este debate adquire valor real quando verificamos que já ocorreu até projeto de emenda Constitucional para incluir a expressão "orientação sexual" dentre as proibições de discriminação²³⁶.

²³⁶ Cf.: Projeto de Emenda Constitucional (PEC n. 67/99) de autoria do então deputado Marcos Rolim do PT/RS proponha a alteração do inciso IV do art. 3º e inciso XXX do art. 7º da CF/88, em que apesar de aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR) da Câmara dos Deputados, foi arquivado pela mesa diretora da Casa em 2003, nos termos do art. 105 do Regimento Interno, que dispõe: "Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abrem crédito suplementar, com pareceres e sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava. Disponível em: <www2.câmara.gov.br> Acesso em: 27 maio 2010.

No tocante às uniões homoafetivas, cabe salientar que, ao conferir especial proteção à família, a Constituição²³⁷ fala no casamento, na união estável entre homem e mulher e no que passou a se chamar de família monoparental: um dos pais com sua prole. Nada diz a respeito das uniões homoafetivas, esta omissão, contudo, não significa que elas não merecem reconhecimento como entidade familiar.

O casamento está minuciosamente regulamentado no Código Civil brasileiro. Entretanto, não define casamento e, dentre os impedimentos para casar, não está previsto que os noivos não possam ser do mesmo sexo. Não vai além de afirmar que o casamento se satisfaz no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal²³⁸. Reconhece a capacidade para o casamento ao homem e à mulher com dezesseis anos²³⁹ e afirma que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família²⁴⁰. Estas são as únicas referências na lei civil ao sexo dos cônjuges, não havendo em nenhuma delas a previsão de que o casamento é exclusivamente entre um homem e uma mulher. Assim, não há vedação expressa ao matrimônio de parceiros do mesmo sexo. A união estável entre um homem e uma mulher, além da referência constitucional, está disciplinada, de forma tímida, em escassos quatro artigos²⁴¹. As questões sucessórias têm previsão limitada a um único dispositivo²⁴².

²³⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²³⁸ CC, art. 1.514: "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".

²³⁹ CC, art. 1.517: "O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil".

²⁴⁰ CC, art. 1.565: "Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família."

²⁴¹ CC.arts. 1.723 a 1.726:

Destarte, a lei civil não traz qualquer disposição sobre as uniões homoafetivas. A única menção à identidade de gênero na legislação federal é a feita pela Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que tem por fim coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Em duas oportunidades, ressalta que a lei tem aplicação independente da orientação sexual da vítima²⁴³.

Neste sentido, afirma Dias (2009, p.75-76):

A omissão covarde do legislador infraconstitucional em assegurar direito aos homossexuais e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população que é alvo da discriminação. Basta atentar que nem o Projeto de Lei 1.151/1995,10 da parceria civil registrada, que admite direitos singelos, logrou ser levado à votação.

De forma para lá de injustificável, a evidenciar postura discriminatória e preconceituosa, enorme é a resistência em aprovar qualquer projeto de lei que enlace as uniões de pessoas do mesmo sexo no sistema jurídico. Há um fato surpreendente para o qual não se encontra qualquer explicação. Forças conservadoras tomaram conta do Congresso Nacional. Lideram bancadas fundamentalistas de natureza religiosa que são cada vez mais numerosas. As igrejas evangélicas se juntam com os católicos, os protestantes e com conservadores de plantão. Assim, não há a mínima chance de ser assegurado aos homossexuais o direito de serem respeitados e de verem seus vínculos afetivos reconhecidos como entidade familiar. Mas ninguém, muito menos um representante do povo, pode se deixar levar pelo discurso religioso, o que afronta a Constituição Federal, a qual assegura a liberdade de credo (CF, art. 5.º, VI e 19,1).

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1.º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

²⁴² CC, art. 1.790: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".

²⁴³ Lei 11.340/2006: "Art. 2.º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social".

Diante deste cenário, reafirmamos que a sociedade brasileira se distingue pela discriminação aos dísparos. Assim, os grupos minoritários são excluídos e, dentre estes, os homossexuais são as maiores vítimas, carecendo de atenção especial. Nesta linha, observamos que todos aqueles que são vítimas de algum tipo de discriminação encontram o amparo da família; assim o negro, o portador de necessidades especiais, dentre outros. Entretanto, o homossexual não, pois muitas vezes a própria família o rejeita. Por isso carece ser aceito pela sociedade, protegido pela lei e abrigado pela Justiça.

Com efeito, assegura Amaral (2010, p.133) que:

Com os homossexuais é diferente. Não existem leis, regras, normas. O Estado não está ao lado dos integrantes do segmento LGBT. Pior, está contra eles na medida em que não legisla, não os defende e os deixa viver à margem da sociedade.

E certo que existe nossa Constituição Federal, que confere a todos os cidadãos o direito à igualdade, à dignidade, à liberdade, à honra, e determina que todos são iguais, sendo descabidas quaisquer manifestações de discriminação, seja em relação a cor, raça, religião, sexo etc.

Mas o que se sabe é que em relação aos homossexuais, todos e quaisquer direitos são cotidianamente violados. A Constituição é desprezada, e seus preceitos não são cumpridos. Se o segmento LGBT fosse visto como um segmento de cidadãos de segunda categoria, ainda haveria direitos, já que todos os cidadãos têm direito a proteção do Estado. Considerando-se que os homossexuais não o têm, conclui-se que não são cidadãos, pela lógica do Brasil, um país sem leis.

Além do mais, o reconhecimento das uniões homoafetivas, apesar de já ter ocorrido em outros países, está distante da realidade brasileira. A imensa maioria tem que ocultar sua orientação sexual para manter seus empregos, família ou círculo de amigos. Ainda que não haja qualquer previsão no âmbito da legislação federal, muitos Estados vêm promovendo emendas às respectivas Constituições e inúmeros municípios estão alterando suas leis orgânicas para coibir discriminações por orientação sexual (DIAS, 2009).

Neste sentido, adverte Amaral (2010, p. 142):

É interessante e desconcertante observar que as questões envolvendo direitos de homossexuais mudaram bastante nos últimos dez anos. Interessante porque vemos o grau de complexidade dos novos pedidos, e desconcertante porque constatamos que nem para os problemas mais antigos e mais comumente feitos foram encontradas soluções.

Enquanto timidamente buscava-se o reconhecimento da união estável para partilha de bens na separação e no falecimento de um dos companheiros, hoje se busca o seu reconhecimento para outras finalidades bem mais complexas, que demonstram a evolução pela qual passou nossa sociedade nesse mesmo período.

O Poder Judiciário ainda vacila quanto ao reconhecimento da união, alguns estados aceitando mais que outros. Outros jamais aceitaram. Alguns julgadores dentro do mesmo tribunal ou dentro da mesma câmara aceitam. Outros não.

Ressaltamos, ainda, que, no campo legislativo federal, deve-se mencionar a pertinência dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, vale destacar que, neste assunto, boa parte da doutrina há muito entendia que os tratados internacionais sobre direitos humanos, se fossem ratificados pelo governo brasileiro, estariam incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional. Este pensamento decorria da interpretação de que a Constituição Federal, em seu art. 4º, II, assegura, como um de seus princípios fundamentais, a prevalência dos direitos humanos, e também prevê, em seu art. 5º, §§ 1º e 2º, a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Claro que esses pensadores só pregavam essa teoria para os tratados internacionais sobre direitos humanos. Os demais tratados seguiriam a regra geral, isto é, só teriam validade se fossem ratificados pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo, conforme art. 49, I, da Constituição Federal e o Presidente da República editasse o decreto que o integraria ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 84, IV, da Constituição Federal. Ademais, estes tratados não possuiriam *status* constitucional, ou seja, seriam equivalentes às leis ordinárias.

Recordamos que, como regra geral, o ordenamento jurídico brasileiro define que, para se incorporar um tratado internacional em seu conteúdo, e, em consequência, ter força obrigatória, ou seja, gerar direitos e obrigações, deverá necessariamente haver o cumprimento de três fases distintas, quais sejam:

- celebração do tratado, pelo Presidente da República, em nome da República Federativa do Brasil (cf. art. 84, VIII);
- aprovação definitiva pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo (cf. art. 49, D);
- e promulgação, pelo Presidente da República, por decreto (cf. art. 84, IV). É neste momento que o Tratado Internacional adquire executoriedade, e, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

A incorporação automática dos tratados de proteção dos direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem a necessidade de um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – expõe significativas consequências no âmbito jurídico. Primeiro, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e segundo, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena

de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma anterior que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar os preceitos do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados.

Neste sentido, a Carta de 1988 atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, nos termos do art. 105, III, *a*. Vale dizer, cabe ao Poder Judiciário declarar inválida e antijurídica conduta violadora de tratado internacional. Eventualmente, a depender do caso, cabe a esse Poder a imposição de sanções pecuniárias em favor da vítima que sofreu violação em seu direito internacionalmente assegurado.

Além do sistema de incorporação imediata do Direito Internacional (concepção monista), há também o sistema de incorporação legislativa do Direito Internacional (concepção dualista), ou seja, se em virtude da incorporação automática, os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao Direito nacional em razão do ato da ratificação, no caso da incorporação legislativa, os enunciados dos tratados ratificados não são incorporados de plano pelo Direito nacional; ao contrário, dependem necessariamente de legislação que os implemente. Essa legislação, reiteramos, é ato inteiramente distinto do ato da ratificação do tratado.

Deste modo, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro optou por um sistema misto, ao qual, em razão dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos são incorporados imediatamente. Os demais tratados estão sujeitos à sistemática legislativa.

Compartilhamos do posicionamento de Piovesan (2007, p.89) quando, sobre esta questão, argumenta:

O § 3º do art. 5º tão-somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do *quorum* exigido pelo art. 60, § 2º), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República. Note-se, todavia, que a expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um “momento culminante” no processo de incorporação dos tratados, sendo uma “manifestação essencial e insuprimível”, por assegurar a promulgação do tratado internamente, garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao texto do tratado ratificado, que passa, somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Importante também acrescentar que a Constituição brasileira, ao conceder aos tratados de direitos humanos tratamento diferenciado, seguiu uma tendência de constituições contemporâneas²⁴⁴.

Finalmente, cabe ainda mencionar as palavras de Cançado Trindade (2000, p. 139), que, neste sentido, afirma:

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a essa nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5º(2) da Constituição Federal de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte.”

No que tange à orientação sexual, recordamos que pela aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*, já mencionado no primeiro capítulo desta tese, interpretou as previsões antidiscriminatórias contidas no referido Pacto de forma a incluir a orientação sexual como um bem a ser protegido.

Além da incorporação desse tratado internacional, interpretado pelas Nações Unidas como proibitivo da referida discriminação por orientação sexual, o direito ordinário federal registra norma legal proibitiva da discriminação por “preferência sexual”, como prevê o art. 4º, IV da Lei 9.612, de 19.02.1998, que trata da radiodifusão comunitária.²⁴⁵ Neste quadro,

²⁴⁴ A Constituição da Espanha assim dispõe: Art. 96 (1) Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Também na mesma direção, segue a Constituição Portuguesa, quando assim prescreve:

Artigo 8º

Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

²⁴⁵ Art.4º: As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios: [...] IV – não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-

constata-se a ocorrência de distinções na aplicação da legislação, em virtude de argumentos de desigualdade material, em face de cada caso concreto. A única exceção encontrada é o artigo 235 do Código Penal Militar, no tipo legalmente denominado como "Pederastia ou outro ato de libidinagem".²⁴⁶

Cabe ainda destacar que, seja em decorrência de decisões judiciais com eficácia *erga omnes*, seja atendendo a pedidos formulados em sede administrativa, várias instâncias da iniciativa privada e da administração pública têm emitido provimentos, instruções normativas e ofícios circulares garantindo direitos ou assegurando a concessão de benefícios a parceiros homossexuais. Dessa forma, é dispensado o uso da máquina judiciária, o que confere grande agilidade aos procedimentos reivindicatórios. Por isso é importante que, antes do ingresso de ações perante o Poder Judiciário, os pedidos para a concessão de alguma vantagem sejam formulados em sede administrativa.

Além da possibilidade de a pretensão ser amparada, também há benefício de outra ordem. No caso de o indeferimento proceder de autoridade pública, é possível a impetração de mandado de segurança, com pedido liminar, como forma de garantir o imediato exercício do direito pleiteado. Não obstante, quando a negativa é de entidade privada, igualmente há a possibilidade da busca judicial do direito, inclusive com pedido de tutela antecipada.

Neste contexto, em consequência de decisão liminar proferida pela Justiça Federal de São Paulo, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP emitiu a Circular 257/2004, regulamentando o direito do companheiro sobrevivente homossexual à percepção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – Seguro DPVAT. Assim, o companheiro é reconhecido como beneficiário do seguro na mesma condição de

ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.(grifo nosso). Disponível em <<http://www.portaltributario.com.br/legislacao/lei9612.htm>> Acesso em: 24 jul. 2010.

²⁴⁶ Dispõe o Art. 235 do CPM: "Praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar: Pena- detenção, de seis meses a um ano". Atenta à ocorrência de uma possível inconstitucionalidade do artigo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), da Câmara dos Deputados, já aprovou, em agosto de 2005, o Projeto de Lei 2773/00, do deputado Alceste Almeida (PMDB-RR), que exclui a referência à pederastia no aludido artigo do Código Penal Militar. Neste sentido, um recente e rumoroso caso envolvendo os sargentos do Exército, Laci Marinho Araújo e Fernando Alcântara de Figueiredo, reacendeu a discussão sobre a homofobia no País. O Exército nega que as prisões tenham sido pela questão sexual, mas, pelo Código Penal Militar, o homossexualismo é passível de punição. Laci foi preso, acusado de deserção, quatro dias após declarar na revista Época ter um caso com Fernando, há dez anos. Já Fernando foi preso uma semana depois, acusado de três infrações, dentre elas a de ocultar o companheiro que tinha prisão decretada. Disponível em:< http://www.ggb.org.br/pais_procura_fimda_homofobia.html>. Acesso em: 27 jul. 2010.

dependente preferencial. Além da indenização por morte, o seguro dá cobertura para o caso de invalidez e cobre despesas médicas até determinado valor²⁴⁷.

No mesmo sentido a Resolução Normativa 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, dispõe sobre os critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, ao companheiro estrangeiro de um brasileiro, sem distinção de sexo. O visto garante aos estrangeiros os mesmos direitos que o casamento assegura. A concessão de visto baseia-se na dependência econômica e vinculação afetiva. Essas duas condições estão presentes no convívio de duas pessoas, sejam ou não elas do mesmo sexo. Essa melhoria vem afastando a clandestinidade, bem como o uso de meios impróprios, como casamentos heterossexuais fictícios. Também era frequente a prática da adoção visando exclusivamente à obtenção do visto, pois quem tem um filho brasileiro tem direito de permanecer no país²⁴⁸.

Outra ação relevante ocorreu em virtude de decisão, no âmbito da Justiça Federal, o Instituto Nacional de Seguro Social expediu a Instrução Normativa 25/2000, estabelecendo por força de decisão judicial, a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para o companheiro homossexual²⁴⁹. Por meio de Portaria, a Universidade Federal de São Paulo concedeu ao companheiro de um professor daquela universidade pensão vitalícia correspondente a 100% da remuneração do falecido²⁵⁰.

Neste lastro, destacamos que o Instituto Nacional de Serviço Social (INSS) reconheceu o direito de companheiros de homossexuais a pensão por meio da Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010. A decisão histórica coloca todos os casais do mesmo sexo como previdenciários do país, e possibilita que pessoas que vivam em união estável insiram seus companheiros como dependentes, tornando possível, inclusive, a dedução em Imposto de Renda. O benefício que já era reconhecido por liminar, agora se torna regra permanente e, de acordo com a referida Portaria publicada na edição de 10 de dezembro de 2010 no Diário Oficial, a Lei nº 8.213, que trata de dependentes para fins previdenciários "deve ser interpretada de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo"²⁵¹.

²⁴⁷ Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/circular_257_2008_susep>. Acesso em: 29 ago. 2010.

²⁴⁸ Cf.: Dias (2009, p. 83-84).

²⁴⁹ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Instrução Normativa INSS/DC nº 25/2000**. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

²⁵⁰ Cf.: Dias (2009, p. 84).

²⁵¹ Assim dispõe a edição nº 236 – sexta-feira, 10 de dezembro de 2010 do Diário Oficial da União:

Já na ação civil pública intentada pelo Ministério Público, perante a Justiça Federal de São Paulo, em 29.04.2005, foi deferida liminar determinando à União que considere o companheiro homossexual como legitimado a autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do companheiro morto para transplante. Esclarece a sentença que basta a apresentação dos mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais não casados. Foi deferido o prazo para a expedição do ato administrativo a ser encaminhado às unidades do Sistema Nacional de Transplantes²⁵².

No mesmo diapasão, a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo reviu o conceito de família e, a partir de setembro de 2008, passou a conceder financiamento aos casais homossexuais para a aquisição da casa própria²⁵³.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução 39/2007, incluindo o companheiro homossexual como dependente para fins de concessão de benefícios²⁵⁴.

Em relação ao nome social, a Secretaria de Estado de Educação do Estado do Pará editou Portaria determinando que as escolas da rede pública aceitem o prenome de estudantes pertencentes aos grupos de LGBTT. A medida entrou em vigor em 02.01.2009, e todas as unidades escolares da rede pública estadual do Pará passaram a registrar, no ato da matrícula dos alunos, o prenome social de travestis e transexuais. A Defensoria Pública do mesmo Estado expediu instrução normativa garantindo aos homossexuais o direito de optarem entre o nome social ou o de batismo para registrar qualquer tipo de procedimento. Os servidores e membros da instituição têm o dever de

Ministério da Previdência Social

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 513, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2010

O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições constantes do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o PARECER nº 038/2009/DENOR/ CGU/AGU, de 26 de abril de 2009, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 843/2010, de 12 de maio de 2010, e pelo DESPACHO do Advogado-Geral da União, de 1º de junho de 2010, nos autos do processo nº 00407.006409/2009-11, resolve:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria. Disponível em: <<http://portal.in.gov.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

²⁵² Cf.: Dias (2009, p.84).

²⁵³ Cf.: Dias (2009, p.84).

²⁵⁴ Cf.: BRASIL. Resolução nº 39, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3232:resolu-no-39-de-14-de-agosto-de-2007&catid=57:resolucoes&Itemid=1085>. Acesso em: 30.08.10.

perguntar qual dos dois nomes – o social ou o de batismo – os usuários preferem utilizar durante o atendimento²⁵⁵.

Também o Estado do Piauí oficializou, a partir de 09.02.2009, o uso do nome social. As Secretarias Estaduais da Assistência Social e Cidadania, de Saúde e da Educação expediram portaria determinando que todas as suas unidades passem a registrar o nome social de travestis e transexuais nas fichas de cadastro, prontuários e documentos congêneres de atendimento aos usuários²⁵⁶.

Já o Ministério Público Federal do Piauí, em 17.03.2009, ajuizou Ação Civil Pública na Justiça Federal da 1ª Região, visando a assegurar ao contribuinte que mantém união estável homoafetiva o direito de incluir o companheiro como dependente para fins de dedução de Imposto de Renda.

Neste lastro, ressaltamos que em julho de 2010, a Receita Federal aprovou parecer que dá direito a homossexuais de incluir o companheiro ou companheira como dependente na declaração do Imposto de Renda. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional redigiu um parecer com a nova regra e o enviou para o ministro da Fazenda, Guido Mantega. O parecer é resultado de uma consulta feita por uma servidora pública que desejava incluir a companheira – isenta no Imposto de Renda – como sua dependente. Com ela, abre-se precedente para outros casais na mesma situação²⁵⁷.

Por outra parte, no âmbito estadual, contemplam-se previsões constitucionais explícitas de proibição de discriminação por orientação sexual, seja comprometendo-se com a implantação de meios assecuratórios para garantir tal proteção, seja simplesmente declarando a proibição de discriminação ou declarando como objetivo do Estado a proteção da dignidade de todos, independente da orientação sexual como direito e garantia fundamental.

²⁵⁵ Cf.: Dias (2009, p. 85).

²⁵⁶ Cf.: Dias (2009, p. 85).

²⁵⁷ A adequação da regra tributária ocorreu após o parecer 1503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado anteriormente pelo ministro da Fazenda, Guido Mantega. O parecer foi resultado de uma consulta feita por uma servidora pública que desejava incluir a companheira – isenta no Imposto de Renda – como sua dependente. Como o parecer foi favorável, a decisão foi ampliada para todos os brasileiros. Com base no princípio da igualdade de tratamento, o parecer afirma que a legislação prevê a inclusão de companheiros heterossexuais de uniões estáveis como dependentes no Imposto de Renda e que o mesmo deve ser garantido aos parceiros homoafetivos. De acordo com o parecer, é necessário que o casal tenha vida em comum por mais de cinco anos para conseguir a inclusão. A Receita Federal poderá notificar o contribuinte para checar a informação.

A decisão ocorre após outros órgãos já terem se posicionado sobre o tema, apesar de não existir lei que reconheça formalmente a união estável de casais gays no Brasil.

Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Parecer_PGfN_1503.2010.pdf>. Acesso em: 30 ago. 10.

O direito à orientação sexual é, portanto, direito garantido dentre os princípios fundamentais ou dentre os direitos e garantias fundamentais, posição de notável nobreza e elevado significado nestas Constituições. Assim, as seguintes Constituições Estaduais enunciam:

- Constituição do Estado de Alagoas, no seu art. 2º do Título I – Dos Princípios Fundamentais²⁵⁸:

Art. 2º. É finalidade do Estado de Alagoas, guardadas as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, promover o bem-estar social, calcado nos princípios de liberdade democrática, igualdade jurídica, solidariedade e justiça, cumprindo-lhe, especificamente:

I – assegurar a dignidade da pessoa humana, mediante a preservação dos direitos invioláveis e a ela inerentes, de modo a proporcionar idênticas oportunidades a todos os cidadãos, sem distinção de sexo, orientação sexual, origem, raça, cor, credo ou convicção política e filosofia e qualquer outra particularidade ou condição discriminatória, objetivando o bem comum.

- Constituição do Estado de Mato Grosso, em seu artigo 10, inciso III, do Capítulo I – Dos Direitos e Garantias e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II – Dos Direitos, Garantias e Deveres Individuais e Sociais²⁵⁹:

Art. 10. O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes:

[...]

III – a implementação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão do nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.

- Constituição do Estado do Pará, em seu artigo 3º, inciso IV, do Título I - Dos Princípios Fundamentais²⁶⁰:

Art. 3º. O Estado do Pará atuará, com determinação, em todos os seus atos e pelos seus órgãos e agentes, no sentido de realizar os objetivos fundamentais do País:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, deficiência e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁵⁸ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30.7.10.

²⁵⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30.7.10.

²⁶⁰ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30.7.10.

- Constituição do Estado de Sergipe, no seu artigo 3º, inciso II, do Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais²⁶¹:

Art. 3º. O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

[...]

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, no artigo 2º do Título I – Dos Fundamentos da Organização dos Poderes e do Distrito Federal assim dispõe²⁶²:

Art. 2º. O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais:

[...]

Parágrafo único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou convicção, observada a Constituição Federal.

Ainda na esfera estadual, temos, na Paraíba, a Lei Estadual nº 7.309²⁶³, de 10 de janeiro de 2003 e o Decreto nº 27.604²⁶⁴, de 19 de setembro de 2006. Esta Lei é um excelente exemplo do tipo de legislação que está sendo criada por todo o Brasil com o objetivo de evitar a discriminação por orientação sexual.

A Lei inicia-se com a proibição da discriminação por orientação sexual, em seguida definindo o que considera como liberdade de orientação sexual:

Art. 1º [...]

§ 1º Para efeito desta Lei, a liberdade de orientação sexual compreende a forma pela qual o cidadão expressa abertamente seus afetos, a maneira como se relaciona emocionalmente com pessoas do mesmo sexo ou oposto, sejam eles homossexuais masculino ou feminino, independente de seus trajes, acessórios, postura corporal, tonalidade de voz ou aparência.

Constatamos que o texto abrange as manifestações públicas de afeto (beijo e carícias moderadas – de forma semelhante aos casais heterossexuais), aborda a questão do

²⁶¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁶² Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁶³ Ver anexo D.

²⁶⁴ Ver anexo E.

relacionamento, e, também, a questão da aparência física da pessoa, não importando quão efeminado ou masculinizado sejam seus trejeitos e trajés. Em nosso ponto de vista, traduz-se na liberalização da expressão do gênero de cada um, inclusive dos travestis e transexuais.

Continua a Lei definindo, de forma ampla, o que é a discriminação proibida, no § 2º do art. 1º, vedando inclusive a omissão:

Art. 1º [...]

§ 2º. Para efeito desta Lei, entende-se por discriminação qualquer ato ou omissão que caracterize constrangimento, proibição de ingresso ou permanência, exposição à situação vexatória, tratamento diferenciado, cobrança de valores adicionais ou preterimento no atendimento (grifo nosso).

Em seguida, enumera, de forma exemplificativa, nos incisos do art. 2º, atos de discriminação, num vasto aspecto que pode ser ampliado, abarcando ainda mais fatos concretos. Numa análise destas, nota-se que muitas situações que ocorrem diariamente passam a ser passíveis de sanção: a) a um travesti não pode ser negado o direito de frequentar uma escola, mesmo travestido de mulher (§ 1º do art. 1º combinado com o inciso do art. 2º); c) um estabelecimento de ensino público ou particular não poderia, em tese, rejeitar um professor transexual para lecionar em seu estabelecimento, por este motivo (§ 1º do art. 1º combinado com o inciso X do art. 2º), dentre tantas outras possibilidades. Além do mais, veda a contratação, por parte do Estado, de empresas que reproduzam os atos discriminatórios, além de estipular quais são as sanções passíveis de sofrer o infrator. Por fim, entre outras coisas, define agravantes de punição, a obrigatoriedade de a autoridade pública aceitar a denúncia de ato infrator e comunicar, ao Ministério Público e à autoridade policial, os casos de incitamento ao ódio e à violência e da apreensão e destruição de materiais utilizados com esta finalidade.

Para regulamentar esta Lei, conforme previsto no art. 7º, foi expedido o Decreto nº 27.604, de 19 de setembro de 2006. Tal decreto, além de especificar melhor as sanções e determinar o processo administrativo a ser seguido, destina a quantia apurada a um fundo: o Fundo Especial de Segurança Pública (FESP), numa conta denominada FESP – Combate à Homofobia, a ser destinada a ONGs que atendam requisitos do Decreto. Por fim, cria uma Comissão Especial, na estrutura da Secretaria de Estado de Segurança e da Defesa Social, que ficará responsável pelo procedimento administrativo e pela aplicação das penalidades, além de selecionar as ONGs que poderão receber os recursos. A Comissão será acompanhada por um Conselho Consultivo, também a ser criado.

Não obstante as boas intenções, estes instrumentos normativos parecem insuficientes para frear a violência no Estado da Paraíba, pois a realidade nos mostra a terrível ascensão dos crimes homofóbicos, que se caracterizam pela crueldade do *modus operandi* do autor ou dos autores, incluindo, muitas vezes, a tortura prévia da vítima, a utilização de diversos instrumentos mortíferos e um elevado número de golpes. Como a homofobia²⁶⁵ permeia todas as áreas culturais e esferas de nossa sociedade, inclusive e particularmente o setor governamental, policial e judiciário, mesmo os crimes mais hediondos contra homossexuais raramente despertam a atenção e empenho das autoridades constituídas que, com indiferença, minimizam a gravidade de tais homicídios ou atribuem à vítima parte da responsabilidade do sinistro, seja por se expor a situações e contactos de risco, seja por tentar “seduzir” o agressor. Devido a tais preconceitos, muitos dos homicídios tendo homossexuais como vítimas não são rigorosamente investigados pela polícia, deixando de registrar, seja no documento policial, seja na mídia, a homofobia como motivo do crime²⁶⁶.

Segundo levantamento realizado pela entidade Movimento Espírito Lilás – MEL, somente em 2008 foram divulgados, pela imprensa paraibana, oito assassinatos com características homofóbicas. Ademais, disse o presidente dessa entidade que, proporcionalmente ao número de habitantes, a Paraíba mantinha até 2007 o título de terceiro estado brasileiro com maior incidência desse tipo de crime. A maioria deles é cometido com requintes de crueldade. Observe-se, ainda, que esses dados são meros levantamentos baseados exclusivamente naqueles divulgados pela imprensa, e estima-se que os números podem ser

²⁶⁵ Segundo o mestre em Sociologia pela UFPB, Wagner Lima, que pesquisa sobre gênero, a região Nordeste, em especial, convive com o modelo do machão, violento e agressivo. "Ele é um artefato arcaico nos dias de hoje, mas muito encontrado em nossa sociedade. Durante a sua existência, o menino até chegar a fase adulta, é incitado a provar sua agressividade e testá-la contra as mulheres, homossexuais e diversos grupos que no passado eram chamados de minorias", destacou. "A homofobia e a violência contra a mulher se integram como males de um mesmo problema". Disponível em: <<http://64.233.183.104/search?q=cache:c0fh0NtOa5EJ:jornal.onorte.com.br/domingo/policial/+crimes+homofobicos+jo%C3%A3o+peessoa&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

Na opinião de Borrillo (2001, p. 27): “[...] en las sociedades profundamente marcadas por la dominación masculina, la homofobia organiza una especie de vigilancia del género, pues la virilidad debe estructurar-se no sólo en función de la negación de lo femenino, sino también del rechazo de la homosexualidad [...]”

²⁶⁶ Um relatório divulgado em 04 de março de 2010, pelo GGB (Grupo Gay da Bahia) informa que 198 homossexuais foram mortos no Brasil em 2009 por homofobia, nove a mais do que em 2008. “A cada dois dias um homossexual é assassinado no Brasil e precisamos dar um basta nesta situação”, afirmou Marcelo Cerqueira, presidente do GGB. Segundo o grupo baiano, o levantamento que contabilizou o número de gays mortos foi feito em delegacias, publicações em jornais e revistas, Internet e por outras entidades que lutam pelos direitos dos homossexuais. “Isto demonstra que o número deve ser ainda maior, porque muitas famílias têm vergonha de revelar que possuem parentes homossexuais”, acrescentou Luiz Mott. Segundo o professor de filosofia Ricardo Liper, da UFBA, “mesmo em crimes envolvendo drogas e outros ilícitos, a condição homossexual da vítima sempre está presente, fruto da homofobia cultural e institucional que impregna a mente dos assassinos”. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/03/05/relatorio-diz-que-198-homossexuais-foram-mortos-por-homofobia-no-brasil-em-2009.jhtm>>. Acesso em: 06 mar. 2010.

bem maiores, uma vez que muitos desses assassinatos não são classificados pela imprensa como tal.²⁶⁷

No que diz respeito à determinação de criação dos órgãos previstos no supracitado Decreto, lamentavelmente até maio de 2008 ainda não haviam sido implementados e, na opinião da presidente da Associação de Travestis da Paraíba – ASTRAPA, não havia interesse do Secretário de Estado da Segurança e da Defesa Social em criar esses órgãos, e acrescentou que os crimes contra homossexuais estão voltando a acontecer na Paraíba, por conta da impunidade. Nos últimos 10 anos, 82 homossexuais foram assassinados no Estado, e na maioria deles, o assassino ficou impune. É essa impunidade que faz com que outros crimes aconteçam.²⁶⁸

Neste contexto, verificamos que somente em 2009 foi implementada a criação os órgãos previstos no Decreto nº 27.604/2006.

Segundo Alcemir Freire, presidente do grupo Movimento Espírito Lilás da cidade de João Pessoa na Paraíba, a lei 7309/06 criada em 2003 e regulamentada em 2006 através do Decreto nº 27.604, representa uma iniciativa inédita e um grande avanço para a proteção dos direitos do coletivo LGBT no Estado da Paraíba. Entretanto, sua eficácia na prática, até o momento não pode ser percebida, e isso se deve principalmente à falta de divulgação adequada por parte dos órgãos governamentais. Ressalta o ativista que, em 2009, foi criada uma Delegacia Especializada em Crimes Homofóbicos com Delegado Titular e Chefe de Cartório, mas assim como ocorre com a lei 7309/06, devido a escassa divulgação há um desconhecimento quase que generalizado por parte da população LGBT, que até o momento tem feito pouca utilização desses mecanismos para defender seus direitos de cidadania plena²⁶⁹. Ainda segundo Alcemir, parece

²⁶⁷ Disponível em: <<http://64.233.183.104/search?q=cache:c0fh0NtOa5EJ:jornal.onorte.com.br/domingo/policial/+crimes+homofobicos+jo%C3%A3o+pessoa&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em: 07 nov. 2008.

²⁶⁸ Disponível em: <<http://www.wscom.com.br/noticia/noticia.jsp?idNoticia=111546>>. Acesso em: 29 maio 2008.

²⁶⁹ Neste sentido, de acordo com o delegado Marcelo Falcone, titular da Delegacia Especializada em Crimes Homofóbicos, dezesseis homossexuais foram assassinados em 2009. Nos primeiros meses deste ano, já ocorreram outros três homicídios de pessoas com essa opção sexual. Alguns casos já foram resolvidos, mas a maioria deles permanece sendo apurada. O delegado ainda está investigando 11 mortes. As queixas mais comuns são ameaça de morte e agressões física e verbal. Além disso, explica que não há números verídicos sobre a violência contra homossexuais, porque as ocorrências são subnotificadas. “Nem sempre as vítimas querem fazer a denúncia. Permanecem em silêncio para não se expor”, justifica Marcelo. Outro fator que prejudica o trabalho da polícia é a ausência de informações. “Os crimes homofóbicos, geralmente, ocorrem em locais em que não há testemunhas ou provas. Por isso, são difíceis de serem resolvidos”, completa Fernanda Benvenuti, a relações públicas da Associação das Travestis da Paraíba (Astrapa). Apesar da quantidade de inquéritos em aberto, Benvenuti comemora avanços. “A Paraíba saiu na frente de outros Estados no combate ao preconceito sexual. Aqui, ela criou uma delegacia especializada em homofobia e formou um delegado especial no assunto. Isso mostra que as políticas e o empenho de diminuir os casos não são passageiros, mas permanentes e sólidas”,

haver certo receio por parte dos governantes em defender e divulgar as causas LGBT, pois isso sem dúvidas gera um enfrentamento com suas bases eleitorais em sua maioria fundamentalistas²⁷⁰.

Na esfera municipal, diversos municípios²⁷¹ estabelecem previsões de proibição explícita de discriminação por orientação sexual, elencando tal garantia como fundamental e prioritária para o Município ou afirmando ser dever do Município, e da sua competência, criar meio de impedir tal tipo de discriminação.

No tocante à doutrina, são encontradas algumas manifestações sobre o tema e dentre os autores mais renomados, o único a tratar explicitamente do assunto foi o já citado neste trabalho, José Afonso da Silva. Ao comentar a proibição por motivo de sexo, ele inclui a proposição de discriminação por orientação sexual. No seu entendimento, o alcance da proibição de distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação recolhe também o fator orientação sexual, na medida em que ele tem servido de base para equiparações e preconceitos.

Além desta indicação, também são encontradas algumas referências em relação ao princípio da igualdade e à orientação sexual, bem como sobre questões pontuais, como direito de família e admissão de homossexuais nas Forças Armadas.

No que tange à jurisprudência, são registrados precedentes relativos ao princípio da igualdade formal e a discriminação por orientação sexual especialmente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul.

acrescenta. Disponível em: <<http://www.clickpb.com.br/artigo.php?id=20100313124624&cat=policial&keys=secretariaprograma-entrega-predio-delegacia-especializada-crimes-homofobico>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁷⁰ Entrevista realizada com o ativista Alcemir Freire, presidente da grupo Movimento espírito Lilás, da cidade de João Pessoa na Paraíba, em 08 de julho de 2010, através do E-mail: meljpa@bol.com.br.

²⁷¹ Verificam-se previsões de proibição explícita de diferenciação por orientação sexual na legislação dos seguintes municípios, agrupados por Estado: 1) Amapá: Macapá; 2) Bahia: América Dourada, Araci Caravelas, Conceição da Feira, Cordeiros, Cruz das Almas, Igaporã, Itapicuru, Rio do Antonio, Rodelas, Salvador, São José da Vitória, Sátiro Dias, Wagner; 3) Ceará: Barro, Farias de Brito, Granjeiro, Novo Oriente; 4) Distrito Federal: Brasília; 5) Espírito Santo: Guarapari, Santa Leopoldina e Matenópolis; 6) Goiás: Alvorada do Norte; 7) Maranhão: São Raimundo das Mangabeiras; 8) Minas Gerais: Cataguases, Elói Mendes, Indianópolis, Itabirinha de Mantena, Maravilhas, Ourofino, São João Nepomuceno e Visconde do Rio Branco; 9) Paraíba: Aguir; 10) Paraná: Atalaia, Cruzeiro do Oeste, Ivaiporã, Laranjeiras do Sul e Mirassol; 11) Pernambuco: Bom Conselho; 12) Piauí: Pio IX e Teresina; 13) Rio de Janeiro: Arraial do Cabo, Barra Mansa, Itatiaia, Itaocara, São Sebastião do Alto, Itatiaia, Cachoeiras do Macacu, Cordeiro, Italva, Laje do Muriaé, Niterói, Paty do Alferes, São Gonçalo, Três Rios, Silva Jardim e Rio de Janeiro; 14) Rio Grande do Norte: Grosso e São Tome; 15) Rio Grande do Sul: Porto Alegre e Sapucaia do Sul; 16) Santa Catarina: Abelardo Luz e Brusque; 17) São Paulo: São Paulo, Cabreúva e São Bernardo do Campo; 18) Sergipe: Itabaianinha, Canhoba, Amparo de São Francisco, Poço Redondo, Riachuelo e Monte Alegre de Sergipe; 19) Tocantins: Porto Alegre do Tocantins e Peixe. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/relleismun.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça²⁷² reconheceu a existência de sociedade de fato entre dois homens, conferindo ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na constância de relação homossexual, pela aplicação do art. 1.363 do Código Civil²⁷³. Nesse julgamento, procedeu-se a uma aplicação do princípio da igualdade em sua dimensão formal, uma vez que a orientação sexual não foi fator justificador de diferenciação na aplicação do aludido art. 1.363.

Em outro julgamento, o mesmo Superior Tribunal de Justiça²⁷⁴ invocou expressamente o princípio da igualdade para invalidar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que rejeitara depoimento de testemunha com base na orientação sexual do depoente. Esta decisão foi assim ementada:

RESP – PROCESSO PENAL – TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL – A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José de Costa Rica.

Vale também salientar que, em fevereiro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, reconheceu direito de companheiro do mesmo sexo à previdência privada complementar. De acordo com a decisão do STJ comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. A decisão inédita – até então tal benefício só era concedido dentro do Regime Geral da Previdência Social – é da

²⁷² Recurso Especial 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.02.1998. Cf. Rios (2002, p.143).

²⁷³ Art.1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. Observe-se que este dispositivo foi revogado com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, e que assim dispõe sobre o contrato de sociedade: Art.981.Celebram contrato de sociedade as pessoas que recíprocamente se obrigam, a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2002/lei10406.htm>>.

²⁷⁴ Recurso Especial 154.857 - 6.a Turma, DJ 26.10.1998. Extraído de: Rios (2002, p.143).

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo relatado pela ministra Nancy Andrichi²⁷⁵.

No STJ, a relatora, ministra Nancy Andrichi, ao abordar doutrinas, legislações e princípios fundamentais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, ressaltou que esse tipo de união não pode ser ignorada numa sociedade com estruturas familiares cada vez mais complexas, para se evitar que, por conta do preconceito, as pessoas percam os seus direitos fundamentais. Para Nancy Andrichi, as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser enquadrados como dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários.

De acordo com a relatora, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Para ela, diante da lacuna da lei que envolve o caso em questão, a aplicação da analogia é perfeitamente aceitável para alavancar como entidade familiar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. “Se por força do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares”, destacou a relatora.

Com esse entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo estão enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. Destacou, contudo, a ministra que o presente julgado tem aplicação somente quanto à previdência privada complementar, considerando a competência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Cabe observar que, as relações familiares contemporâneas dão-se em razão do afeto nelas presente, pois o afeto é a essencialidade de sua constituição, vale dizer, o seu pressuposto. Esse afeto, inclusive, é de natureza diversa do afeto que pode existir entre os membros de uma sociedade de fato.

²⁷⁵ Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/>. Acesso em: 27 ago. 2010.

A união estável homossexual é uma autêntica sociedade de afeto e, portanto, uma família, apesar de nem todos os relacionamentos homossexuais constituírem verdadeira união estável, da mesma forma que muitos relacionamentos heterossexuais não constituem união duradoura, pública e contínua.

Observamos que não há semelhança entre a união homossexual formada como entidade familiar e a sociedade de fato, o que afasta de imediato a probabilidade de analogia entre elas. Por sua vez, a essencialidade de semelhança existe entre a união estável regulada em lei e a união homossexual estabelecida com objetivo de constituir família.

O ponto de intersecção essencial entre elas é o afeto, que caracteriza as diversas e não paradigmáticas entidades familiares hodiernas, realidade que não deve ser menosprezada em um Estado laico como o Brasil, Estado independente, pois, do preceituado pelas religiões abraçadas por seus nacionais²⁷⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 27 de maio de 2010, manteve outra decisão inédita que permitia que um casal de mulheres pudesse adotar duas crianças. O STJ, com a decisão, negou o pedido do Ministério Público do Rio Grande do Sul que considera a adoção das crianças por homossexuais violação a uma série de dispositivos legais. A decisão foi tomada pela 4ª Turma do STJ.

De acordo com o relator do caso, o ministro Luís Felipe Salomão, o tribunal reafirmou o entendimento já consolidado pelo STJ de que prevalece o interesse do menor. “Nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse das crianças”²⁷⁷.

²⁷⁶ Neste lastro, destacamos que em julho de 2010, a Receita Federal aprovou parecer que dá direito a homossexuais de incluir o companheiro ou companheira como dependente na declaração do Imposto de Renda. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional redigiu um parecer com a nova regra e o enviou para o ministro da Fazenda, Guido Mantega.

O parecer é resultado de uma consulta feita por uma servidora pública que desejava incluir a companheira - isenta no Imposto de Renda - como sua dependente. Com ela, abre-se precedente para outros casais na mesma situação.

A adequação da regra tributária ocorreu após o parecer 1503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado no mês passado pelo ministro da Fazenda, Guido Mantega. O parecer foi resultado de uma consulta feita por uma servidora pública que desejava incluir a companheira - isenta no Imposto de Renda - como sua dependente. Como o parecer foi favorável, a decisão foi ampliada para todos os brasileiros.

Com base no princípio da isonomia de tratamento, o parecer afirma que a legislação prevê a inclusão de companheiros heterossexuais de uniões estáveis como dependentes no Imposto de Renda e que o mesmo deve ser garantido aos parceiros homoafetivos. De acordo com o parecer, é necessário que o casal tenha vida em comum por mais de cinco anos para conseguir a inclusão. A Receita Federal poderá notificar o contribuinte para checar a informação.

A decisão ocorre após outros órgãos já terem se posicionado sobre o tema, apesar de não existir lei que reconheça formalmente a união estável de casais gays no Brasil.

Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/no-brasil-casais-de-mesmo-sexo-conquistam-novas-garantias>>. Acesso em: 27 ago.10.

²⁷⁷ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

Com efeito, uma das mulheres do casal homossexual do Rio Grande do Sul já havia adotado as duas crianças ainda bebês. Sua companheira, com quem vive desde 1998 e que ajuda no sustento e educação dos menores, queria adotá-los por ter melhor condição social e financeira, o que segundo ela, daria mais garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento.

A Justiça gaúcha havia reconhecido, por unanimidade, a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de adoção para constituir família. A decisão foi deferida em primeira e segunda instâncias.

O ministro ressaltou que o laudo da assistência social recomendou a adoção. O parecer do Ministério Público Federal, segundo ele, não demonstrava inconveniência no fato de crianças serem adotadas por homossexuais, tendo mais peso a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas. “Os laços afetivos entre as crianças e as mulheres são incontroversos e a maior preocupação delas é assegurar a melhor criação dos menores”, disse o ministro²⁷⁸.

O Ministério Público chegou a recorrer da decisão. No entanto, o ministro respondeu dizendo que “não estamos invadindo o espaço legislativo. Não estamos legislando. Toda construção do direito da família foi pretoriana. A lei sempre veio *a posteriori*”²⁷⁹.

Esta sentença foi bastante significativa, pois abre precedentes para que casais homossexuais possam adotar no nome das duas partes. Até então, o procedimento adotado era o de se fazer uma adoção unilateral, onde apenas um dos cônjuges aparecia como adotante.²⁸⁰

²⁷⁸ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

²⁷⁹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

²⁸⁰ Neste sentido, é interessante observar que, quase dois meses após o STJ (Superior Tribunal de Justiça) reconhecer que casais homossexuais têm o direito de adotar, 51% dos brasileiros dizem ser contra essa prática. Outros 39% são favoráveis à adoção por gays.

É o que revela pesquisa Datafolha realizada entre os dias 20 e 21 de maio com 2.660 entrevistados em todo o país. A margem de erro é de dois pontos percentuais para mais ou para menos.

As mulheres são mais tolerantes à adoção por homossexuais que os homens: 44% contra 33%. Da mesma forma que os jovens em relação aos mais velhos: na faixa etária entre 16 e 24 anos, a prática é apoiada por 58%, enquanto que entre os que têm 60 anos ou mais, por apenas 19%.

"Já é um grande avanço. Na Idade Média, éramos queimados. Depois, tidos como criminosos e doentes. O fato de quase 40% da população apoiar a adoção gay é uma ótima notícia", diz Toni Reis, presidente da ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais).

Ele reconhece, porém, que o preconceito é ainda grande. "Serão necessárias muitas paradas e marchas para convencer a população de que somos cidadãos que merecemos o direito da paternidade e da maternidade."

A taxa de pessoas favoráveis à adoção por homossexuais cresce com a renda (49% entre os que recebem mais de dez salários mínimos contra 35% entre os que ganham até dois mínimos) e a escolaridade (50% entre os com nível superior e 28%, com ensino fundamental).

Para a advogada Maria Berenice Dias, desembargadora do Tribunal de Justiça do RS, a tendência é que a decisão do STJ sirva de jurisprudência em futuras ações e que isso, aos poucos, motive mais pessoas a aprovarem a adoção por homossexuais.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/745396-maioria-e-contra-adocao-por-casal-gay-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

Não obstante, adverte Amaral (2010, p.143-144):

[...] os avanços dos homossexuais na obtenção de seus direitos, infelizmente, são comemorados por poucos. Apenas pelo segmento LGBT, por aqueles que militam e defendem esses direitos e por pequena parcela da sociedade.

Contrariados com os êxitos temos muitos, principalmente aqueles que seguem preceitos religiosos, não sendo poucos os que o fazem de maneira fervorosa [...] Grupos de religiosos se manifestaram imediatamente após a decisão do STF favorável à adoção por casais homossexuais. A comissão para a vida e família da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, por meio de um assessor, afirmou: "cremos que a questão da adoção por casais homossexuais fere o direito da criança de crescer nessa referência familiar."

Outra manifestação contrária veio da igreja evangélica Assembléia de Deus, tendo um de seus pastores afirmado: "A criança precisa da figura do pai e da mãe para entender a vida. Se a criança não tem um pai e vive só com a mãe, sabe, mesmo assim, o que é a figura do pai. O casal homossexual que adota, fuge disso."

Já o Tribunal Regional Federal da 4.a Região,²⁸¹ em decisão unânime, que teve como relator o Ministro Vicente Cernicchiaro, decidiu que a proibição de discriminação em virtude de orientação sexual decorrer do princípio da igualdade formal e da proibição expressa de discriminação por motivo de sexo. Expomos aqui fragmentos da ementa²⁸² diretamente relacionados ao objeto desta tese:

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

(...)

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

Na oportunidade, o Tribunal Regional Federal considerou inconstitucional a discriminação contra homossexual, na vedação contratual de inclusão, como dependente em plano de saúde, de companheiro do mesmo sexo.

²⁸¹ AC 96.04.55333-0/RS, julgado em 20 ago.1998.

²⁸² Extraído de: Rios (2002, p.144).

Curiosa decisão tomou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na apelação n.º 309.092.0, em 27 de fevereiro de 2002. A decisão se torna mais significativa por partir de um dos mais importantes, mas também um dos mais conservadores Tribunais do país. A partir do feito, sob a relatoria da Desembargadora Jurema Brasil Marus, o Tribunal passou a taxar a união entre pessoas do mesmo sexo como uma sociedade de fato, reconhecendo o direito da partilha dos bens, em face da dissolução de tal união. No caso, a sentença de 1º grau, oriunda da cidade de Juiz de Fora, reconheceu a existência de um relacionamento homossexual entre o autor e o falecido, do qual o espólio estava sendo demandado. Ali mesmo, o juízo *a quo* reconheceu a existência de uma sociedade civil com base no artigo 1.363 do Código Civil. Assim, deferiu ao requerente a partilha dos bens, adquiridos no período de convívio, bem como o pedido indenizatório restrito a 100 (cem) salários mínimos, sob a alegação de que fora o "*de cujos*" quem lhe havia transmitido AIDS²⁸³.

Em segunda instância, a Desembargadora de imediato descartou qualquer possibilidade de identificação da união homossexual como uma unidade familiar por força da Constituição. Após reconhecer a colaboração do autor para a formação do patrimônio, afirmou: O legislador constituinte (artigo 5º, caput, e inciso X) assegurou, indistintamente, o direito à vida privada, à integridade física e moral, à honra e à imagem das pessoas, como direitos invioláveis, passíveis de ser indenizados em qualquer situação, o que permite concluir, que a ação causadora de danos a outrem, máxime em se tratando de ameaça a valores protegidos como aspectos basilares da personalidade humana, insere-se nesse contexto, sendo certo que a tristeza e o constrangimento resultantes de ofensa à dignidade da pessoa merecem a reparação civil, se para isso não contribuiu o ofendido, de qualquer modo²⁸⁴.

Por fim, no julgado, baseada nas considerações do Ministro Ruy Rosado Aguiar (STJ - Resp n.º 148897/MG), a Desembargadora adotou uma visão de moralidade pós-convencional, afeta à hermenêutica no paradigma do Estado Democrático de Direito, ao afirmar: [...] nada justifica que se recuse aqui a aplicação ao disposto na norma de Direito Civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art.1363 do Código Civil: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual,

²⁸³ Cf.: Cruz (2009, p. 195).

²⁸⁴ Cf.: Cruz (2009, p. 196).

desconhecendo de sua natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.²⁸⁵

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, também aplicando explicitamente o princípio da igualdade, proferiu acórdão, definindo a competência das Varas Especializadas de Família da Comarca de Porto Alegre para o julgamento de demanda, discutindo partilha de bens decorrente da dissolução dos vínculos de afeto havidos entre duas mulheres.²⁸⁶ Reproduzimos extrato da ementa:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO – Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.

Este mesmo tribunal, aplicando os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais de direito, reconheceu a união estável a relação fática entre duas mulheres. Esta decisão foi assim ementada²⁸⁷:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE, ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES, REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir a verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais de direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de justiça). (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003).

Em outra decisão, este Tribunal, também aplicando a analogia, reconheceu efeitos de união estável a relacionamento afetivo de nove anos entre dois homens, fundamentando seu

²⁸⁵ *Ibidem*

²⁸⁶ AI 599075496, julgado em 17.06.1999. Extraído de: Rios (2002, p.147).

²⁸⁷ Extraído de: Bahia (2006, p.140).

posicionamento especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. Reproduzo o teor da ementa²⁸⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens, de forma pública e ininterrupta, pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. **Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito.** A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (LICC, art. 4º). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Ap. Cív. 70009550070 – 7ª Câmara Cível – TJRS – Rel. Maria Berenice Dias – j. em 17.11.2004).

Ademais, vale enfatizar que, nas questões relativas à discriminação por orientação sexual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem sido um dos mais avançados do país e mantém um rol significativo de decisões favoráveis ao coletivo LGBT²⁸⁹. Neste sentido, reproduzimos aqui ementas de algumas destas decisões mais recentemente:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO À CASAL HOMOSSEXUAL EM BAILE PROMOVIDO POR CLUBE SOCIAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, institui o combate à discriminação, seja de qual espécie for, como um dos objetivos precípuos da República Federativa do Brasil. Em vista disso, não podem eventuais peculiaridades regionais servir de excludente da responsabilidade dos demandados, em face da ocorrência de discriminação, que, no caso em tela, se dera com fundamento na opção sexual da demandante. 2. Hipótese em que a autora, conjuntamente com sua companheira, fora advertida por membro da diretoria de clube social, em plena festa promovida pelo mesmo, a que cessassem

²⁸⁸ Extraído de: Nahas (2008, p.120).

²⁸⁹ Com efeito, vale destacar que recentemente, com base na Lei Maria da Penha, a Justiça do Rio Grande do Sul concedeu medida protetiva a um homem que afirma estar sendo ameaçado pelo ex-companheiro. A decisão, que impede que ele se aproxime a menos de cem metros da vítima, foi decretada em 23 de fevereiro de 2011, pelo juiz Osmar de Aguiar Pacheco, de Rio Pardo. O magistrado afirmou na decisão que, embora a Lei Maria da Penha tenha como objetivo original a proteção das mulheres contra a violência doméstica, pode ser aplicada em casos envolvendo homens.

“Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir!”.

Segundo a advogada Maria Berenice Dias, especializada em direito homoafetivo e ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, essa é a primeira aplicação da Lei Maria da Penha entre dois homens. Os casos anteriores da Lei Maria da Penha com pessoas do mesmo sexo envolviam apenas mulheres. Disponível em: <http://cenag.uol.com.br/noticias_ler.php?id=NDkyOA=>>. Acesso em 02 de mar. 2011.

as carícias que vinham trocando. Conduta que não era costumeiramente exigida de casais heterossexuais, o que indica a efetiva prática de discriminação. (...). (Apelação Cível Nº 70017041955, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 17/09/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO POR OPÇÃO SEXUAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Comprovando a prova testemunhal que o demandante foi vítima de discriminação por ser travesti ao ser atendido em posto de saúde, sofrendo constrangimento diante de outras pessoas, impõe-se o dever de indenizar por danos morais. Indenização fixada na sentença que se mostra ajustada ao caso dos autos, considerando a capacidade econômica dos demandados. **APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70025273111, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 03/09/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL. INDENIZAÇÃO. Presente o dever do requerido em indenizar os autores, vítimas de preconceito e ofensas verbais entre vizinhos, tendo por escopo a opção sexual dos ofendidos. Danos materiais e morais comprovados. Quantum indenitário minorado, em atenção às peculiaridades do caso e aos parâmetros praticados pelo Colegiado. Ônus sucumbenciais redistribuídos. **APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.** (Apelação Cível Nº 70014074132, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 25/05/2007)

Apelação Cível **NÚMERO:** 70033514282 Decisão: Acórdão **RELATOR:** Tasso Caubi Soares Delabary **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO POR OPÇÃO SEXUAL. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Contexto probatório dos autos que evidencia ter o autor sido vítima de discriminação por sua opção sexual ao tentar efetuar a compra de uma televisão em loja de eletrodomésticos. Dano moral caracterizado. Valor da condenação fixado na origem mantido. **APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS.... DATA DE JULGAMENTO:** 12/05/2010.

PUBLICAÇÃO: Diário de Justiça do dia 24 maio 2010.

Neste contexto, é importante ressaltar o que afirma Cruz (2009, p. 196), a respeito dessas decisões favoráveis aos direitos dos homossexuais:

Tais decisões têm demonstrado uma significativa evolução na integração e na reafirmação dos direitos das minorias homossexuais que, até bem pouco tempo atrás, sequer eram consideradas pelo Judiciário como testemunhas idôneas, aptas a formar juízo de convencimento no conjunto de provas orais.

Essas decisões, a propósito, são reflexos da mobilização social em favor de uma "cidadania plena" para os homossexuais [...]

Não obstante, é oportuno também lembrar que se hoje o Rio Grande do Sul é um estado que desponta em decisões favoráveis ao coletivo LGBT, não se deve esquecer que, na maioria das vezes o judiciário brasileiro é bastante homófobo e, portanto, assegura a ex-desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias “[...] são conservadores, altamente discriminatórios, e os juristas têm aquela postura de querer punir a pessoa que age de uma

forma que o próprio juiz acha indevida, e a maneira de punir é não reconhecer os direitos. Claro que temos decisões aqui e ali reconhecendo os direitos”²⁹⁰.

Nesta acepção, não são raras as decisões estapafúrdias, carregadas de preconceito, desinformação e desprovidas de fundamento legal, que violam peremptoriamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, entre elas, destacamos sentença do “Caso Richarlyson”, bastante comentada e criticada por conter termos preconceituosos, o juiz, ao negar prosseguimento de ação criminal (queixa-crime) proposta pelo jogador Richarlyson contra um cartola do Palmeiras que insinuara homossexualidade do atleta, utilizou expressões nitidamente preconceituosas, afirmando, entre outras coisas, que “o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual”.²⁹¹

²⁹⁰ Disponível em <<http://acapa.virgula.uol.com.br/site/noticia.asp?codigo=4901>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

²⁹¹ Vejamos alguns trechos da curiosa decisão proferida pelo Juiz Titular da Nona Vara Criminal da Comarca de São Paulo, capital, Processo de nº 936/07:

Conclusão:

A presente queixa-crime não reúne condições de prosseguir. Vou evitar um exame perfunctório, mesmo porque é vedado constitucionalmente, na esteira do artigo 93, inciso (IX), da carta Magna.

1. Não vejo nenhum ataque do querelado ao querelante. 2. Em nenhum momento o querelado apontou o querelante como homossexual. 3. Se o tivesse rotulado de homossexual, o querelante poderia optar pelos seguintes caminhos: 3.A — não sendo homossexual, a imputação não atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo programa televisivo e declarasse não ser homossexual e ponto final; 3.B — se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados... Quem é, ou foi, BOLEIRO, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num “TÊTE-À-TÊTE” Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro. Em Juízo haverá audiência de retratação, exceção da verdade, interrogatório, prova oral, para se saber se o querelado disse mesmo... e para se aquilatar se o querelante é, ou não... 4. O querelante trouxe em arrimo documental, suposta manifestação do “GRUPO GAY”, DA BAHIA (FOLHA 10) em conforto a posição do jogador. E também suposto pronunciamento publicado na Folha de São Paulo, de autoria do colunista Juca Kfour (folha 7), batendo-se pela abertura, nas canchas de atletas com opção sexual não de todo aceita. 5. Já que foi colocado como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. Há hinos que consagram essa condição: “OLHOS ONDE SURGE O AMANHÃ, RADIOSO DE LUZ, VARONIL, SEGUE SUA SENDA DE VITÓRIAS...”. [trecho do hino do Sport Clube Internacional, de Porto Alegre (RS)] 6. Esta situação incomum do mundo moderno, precisa ser rebatida... 9. Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si. 10. O que não se pode entender é que a Associação de Gays da Bahia e alguns colunistas (se é que realmente se pronunciaram neste sentido) teimem em projetar para os gramados, atletas homossexuais. 11. Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o “SISTEMA DE COTAS”, forçando o acesso de tantos por agremiação... 12. E não se diga que essa abertura será de idêntica proporção ao que se deu quando os negros passaram a compor as equipes. Nada menos exato. Também o negro e, homossexual, deve evitar fazer parte de equipes futebolísticas de héteros. 13. Mas o negro desvelou-se (e em várias atividades) importantíssimo para a história do Brasil: o mais completo atacante, jamais visto, chama-se Edson Arantes do Nascimento e é negro. 14. O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... 15. Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análise dos comportamentos deste, ou aquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. 16. Precisa, a propósito, estrofe popular que consagra: “CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO”. 17. É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição

Segundo Toni Reis, presidente da ABLGBT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, a sociedade brasileira, o Judiciário e o Governo estão agindo mais rapidamente na efetivação das garantias dos direitos civis da população LGBT, diferentemente do Congresso Nacional, onde setores religiosos fundamentalistas persistem na contramão da História, obstaculando projetos de união civil entre pessoas do mesmo sexo. Ele utiliza uma argumentação convincente: “Houve um tempo que, em certos países, os casamentos entre negros e brancos eram proibidos. Isso era racismo? Há países em que as mulheres não podem se casar como querem. Isso é sexismo? Há países em que os homossexuais não podem se casar como querem. Acho que a conclusão se impõe automaticamente”. Lamentavelmente, um considerável número de famílias ainda rejeita os filhos quando eles anunciam a sua homossexualidade. Em função dessa perspectiva, muitos jovens preferem ficar em silêncio, “no armário” como dizem, gerando depressão, aflição, desesperança e desespero. Também nas áreas de recreação das escolas, no mundo do esporte, na vida diária, os insultos homófobos ainda são frequentes, causando desestabilizações emocionais em quem os recebe²⁹².

No Brasil, a questão de discriminação cultural é preocupante, mas é mais sintomática quando incorporada pela legislação do país, ou seja, quando o Estado, através de seus poderes institucionaliza a discriminação e a Justiça fecha os olhos para a diferença como no caso da homossexualidade.

Neste contexto, ressalta Amaral (2010, p. 113-134):

Na busca pelos direitos violados, partem os homossexuais a trilhar um caminho de horrores. Vão à Justiça e têm de se expor, idéia que não agrada a maior parte das pessoas. Têm de se expor para várias pessoas – muitas delas preconceituosas, que estão por todos os cantos e até mesmo nas delegacias, tribunais, fóruns –, inclusive aos funcionários dos fóruns, aos quais terão de recorrer quando decidem brigar por seus direitos mais elementares, mas que lhes são negados.

Além do fator preconceito, enfrentarão o fator sorte. Inobstante meu respeito pelo Poder Judiciário, surge aqui o que eu chamo de "fator Las Vegas" de um processo. Sua sentença vai variar de cidade para cidade dentro do mesmo estado, de juiz para juiz dentro de um mesmo fórum. Recorrendo, terão de contar mais uma vez com a

de Magistrado, digo! 18. Rejeito a presente queixa-crime. Arquivam-se os autos. Na hipótese de eventual recurso em sentido estrito, dê-se ciência ao Ministério Público e intime-se o querelado para contra-razões.

São Paulo, 5 de julho de 2007.

Manoel Maximiano Junqueira Filho

Juiz de direito titular

Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2007/08/08/perolas-jurisprudenciais-decisoes-judiciais-politica-mente-incorretas/>>. Acesso em: 11 jan.10.

²⁹² Disponível em: <<http://www.revistaalgomais.com.br/noticias/noticiaClicada.php?not=5702>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

sorte. Dentro dos tribunais as decisões poderão ser diferentes, de acordo com a câmara que irá julgar, e é provável que haja divergência entre os julgadores de uma mesma câmara.

Assim, entrar com uma ação é lançar os dados, e esperar o resultado.

Esta postura conservadora do Estado brasileiro, na maioria das vezes, advém de sua forte tradição católica, embora hoje, este seja um país laico, o que pressupõe que a política, a justiça, a educação e outros segmentos, não estão sob a tutela da religião.

É notório o ódio potencializado pelos católicos para com a homossexualidade, em última análise porque esta “raça” poria fim à humanidade, além destes indivíduos estarem perpetuamente dedicados ao pecado, uma vez que seus atos sexuais não têm fins procriativos, e suas uniões estão em desacordo com a Graça Divina, que fez o homem para a mulher (DIAS, 2009).

Segundo Lopes (2006), há uma grande confusão entre Direito, cultura e homossexualidade. Instâncias da Justiça e do Poder Legislativo firmam posição contrária aos direitos dos homossexuais baseando-se na ideia de que a homossexualidade não está prevista na legislação brasileira, muito menos faz parte das bases culturais ou religiosas do país. A estes, Lopes (2006) contesta, e afirma que eles confundem ordem jurídica com a ordem aceitável para a maioria, o que deixa de lado o aspecto fundamental da democracia: a proteção aos direitos das minorias. Em segundo lugar, confundem o direito com uma ordem moral tradicional: dizer que algo não é aceitável porque vai contra a índole tradicional de um grupo é ignorar o caráter prescritivo e contrafático de qualquer ordem normativa. Em terceiro lugar, confundem religião e Estado: a ordem jurídica de um Estado democrático não se funda em razões religiosas de nenhum dos grupos que compõem a cidadania daquele Estado.

Observa Amaral (2010, p. 145) que:

Há tempos os homossexuais buscam solidificar seus direitos junto ao Poder Legislativo por meio de projetos de lei, que tendem a ficar esquecidos e sempre preteridos. Os políticos têm mais interesse em julgar outras questões que não essa, bastante polêmica e fortemente combatida pelas bancadas religiosas, que insistentemente obstam sua aprovação.

Destarte, torna-se imprescindível uma construção progressista no sentido de assistir aos homossexuais, garantindo-lhe, pelo menos, os direitos fundamentais que lhe são tolhidos, bem como a criminalização do preconceito, por tratar-se de uma ofensa imoral aos direitos humanos.

Ainda de acordo com Amaral (2010, p. 25-26):

Na maior parte dos debates vemos envolvidas as religiões, que, em sua maioria, rejeitam a homossexualidade ou a união de homossexuais, como se isso não fosse o mesmo.

Um padre me disse há pouco que a Igreja Católica não rejeita os homossexuais, mas é contra a união de pessoas do mesmo sexo. No meu entender, rejeitar as uniões é rejeitar a homossexualidade e, conseqüentemente, o homossexual.

Mas as religiões têm seus mistérios, o que não livra algumas delas de serem vistas como preconceituosas.

O fato é que a Igreja, nos tempos mais remotos, fazia com que política, leis e justiça fossem sempre submetidas a ela. Hoje, apenas as influencia, mas de forma bastante incisiva, a ponto de obstar a aprovação de muitas leis que garantiriam minimamente os direitos do segmento LGBT no Brasil.

Projetos de lei permanecem engavetados por tantos anos que acabam ultrapassados, sendo necessárias atualizações para uma eventual aprovação [...] ²⁹³

Existem vários projetos no Congresso Nacional que buscam garantir, pelo menos, o mínimo de Direitos para os homossexuais. Estes projetos, porém, emperram nas comissões ou nas “gavetas”, devido, em última análise, ao conservadorismo dos legisladores, via de regra, representantes, na sua quase totalidade, de parcelas religiosas reacionárias, machistas e em consequência homofóbicas.

Neste contexto afirma Dias (2009, p. 79-80):

Encontra-se no Senado o Projeto de Lei 5.003, de 2001, que propõe sanções às pessoas físicas e jurídicas que pratiquem crime de discriminação e preconceito contra homossexuais e transgêneros. A ele está apensado o Projeto de Lei 122/2006, que tem o mesmo propósito de criminalizar a homofobia. De tão singelo, é até difícil sustentar a indispensabilidade de sua aprovação. Simplesmente diz: é crime discriminar por orientação sexual. Ora, é crime discriminar o negro, que também é alvo de crimes de ódio. Mas para eles há a Lei Afonso Arinos. A justificativa de alguns parlamentares é no mínimo bizarra: dizem simplesmente que não poderiam, nos cultos, falar mal dos homossexuais. E este é o fundamento para a lei não ser aprovada.

Com efeito, o Projeto de Lei nº 5.003-B/2001²⁹⁴, da então Deputada Federal Iara Bernardi, em tramitação desde 2001, foi posteriormente apresentado no Senado Federal em dezembro de 2006 e, sob a insígnia PLC122/2006, tramitou até janeiro de 2011, mas foi oficialmente arquivado de acordo com o previsto no artigo 332 do Regimento Interno do Senado²⁹⁵.

²⁹³ Neste dispasão, prossegue Amaral (2010, p. 26): E o caso do Projeto de Lei nº 1.151, que data de 1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy. Foi necessária a formação de um grupo de profissionais para a atualização do texto antes que haja mais uma tentativa de impulsioná-lo no sentido da aprovação. Mas poucos são os políticos que têm interesse em discuti-los. Aliás, trabalham em sentido contrário, visando sempre que sejam esquecidos com o tempo.

Vemos abandono de projetos que dizem respeito à criminalização da homofobia, adoção, união estável etc, contabilizados em, no mínimo, trinta tramitando perante a Câmara.

²⁹⁴ Cf.: cópia do Projeto original na íntegra no anexo F.

²⁹⁵ Verificar conteúdo do artigo 332 na íntegra em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

Assim, o PLC 122/06, que criminaliza a homofobia, mesmo já tendo sido aprovado pela Câmara e pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado – faltavam as análises das Comissões de Assuntos Sociais e de Constituição e Justiça, além do Plenário. Além disso, o fato de ter chegado à Casa ainda na legislatura passada, ou seja estar tramitando há mais de duas legislaturas já o qualificava para o arquivamento.

Não obstante, cabe ressaltar que as proposições arquivadas ainda poderão tramitar por mais uma legislatura, caso haja requerimento apoiado por um terço dos senadores para a continuidade da análise da proposta. Os interessados devem apresentar esse requerimento com 27 assinaturas até 60 dias após o início do ano legislativo, e o pedido deve ser aprovado em Plenário. O desarquivamento só pode ocorrer uma vez, caso contrário, o projeto será arquivado definitivamente.

Felizmente, o arquivo definitivo não foi o destino do PLC122/06, e isso ocorreu principalmente, em virtude do forte apoio por parte dos grupos de defesa dos direitos dos homossexuais e do árduo trabalho da Senadora Marta Suplicy, que conseguiu aprovar no Plenário do Senado, um requerimento com as 27 assinaturas necessárias, solicitando o seu desarquivamento.

Com a aprovação do requerimento, o projeto voltou a tramitar na Comissão de Direitos Humanos, na forma do substitutivo que foi aprovado em novembro de 2009 na Comissão de Assuntos Sociais. O substitutivo é de autoria da então senadora Fátima Cleide²⁹⁶.

²⁹⁶ Neste sentido, conferir o seguinte sumário da tramitação no Senado Federal:

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122, DE 2006. Autor: DEPUTADO - Iara Bernardi.

Data de apresentação: **12/12/2006**.

10/11/2009 - CAS - Comissão de Assuntos Sociais

Situação: APROVADO PARECER NA COMISSÃO

Reunida a Comissão em 10/11/2009, a matéria é incluída como Item Extrapauta nº 62. É aprovado o Requerimento nº 96 de 2009 - CAS, de autoria da Senadora Fátima Cleide, de dispensa de Audiência Pública para instruir a matéria (fls. 206 a 209). A Comissão aprova o Relatório da Senadora Fátima Cleide, que passa a constituir Parecer da CAS, favorável ao Projeto, nos termos da Emenda nº 01 - CAS (Substitutivo). Retificado em 10/11/2009. Onde se lê: (fls. 206 a 209); leia-se: (fls. 192 a 195).

12/01/2011 - SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO

Situação: ARQUIVADA AO FINAL DA LEGISLATURA (Arquivado nos termos do art. 332 do Regimento Interno). Publicação em 23/12/2010 no DSF Página(s): 90 - 96 Suplemento
(Suplemento nº 213-C)

08/02/2011 - SARQ - Secretaria de Arquivo

ENCAMINHADO A SGM POR SOLICITAÇÃO

08/02/2011 - SGM - SECRETARIA GERAL DA MESA

Encaminhado ao Plenário.

08/02/2011 - ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Situação: **DESARQUIVADA** - RISF ART 332 § 1º Lido e aprovado o Requerimento nº 46, de 2011, tendo como primeira signatária a Senadora Marta Suplicy, solicitando o desarquivamento do projeto. (Art. 332, § 1º, do Regimento Interno) Uma vez que já se encontra instruída pela Comissão de Assuntos Sociais, a matéria volta ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e, posteriormente, vai à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Portanto, como o substitutivo do texto enviado pela Câmara dos Deputados já havia sido aprovado na Comissão de Assuntos Sociais, a matéria segue agora para a Comissão de Direitos Humanos do Senado. Para o projeto virar lei, além da Comissão de Direitos Humanos, ele ainda precisará ser aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e no plenário do Senado, voltar para Câmara dos Deputados e, se for aprovado, seguir para sanção presidencial.

A verdade é que este projeto tem suscitado bastante polêmica na sociedade brasileira, setores mais conservadores e alguns religiosos acusam-no de ser inconstitucional por cercear o direito de livre opinião e de culto. Em algumas religiões, a homossexualidade é vista como uma conduta errônea e seus líderes temem serem censurados com a aprovação da lei.

É lamentável constatarmos que, a simples tentativa de coibir os crimes de homofobia tem servido para expor as entranhas do machismo brasileiro e colocou em evidência que a separação entre Estado e Igreja, requisito essencial para um estado democrático de direito, ainda não está bem definida no Brasil. O maior embate tem ocorrido com os evangélicos, os quais apelidaram o PLC de “mordaza” e “ditadura gay”. O principal argumento apresentado pelos religiosos é de que os gays passariam a ser imunes a qualquer tipo de crítica ou atitude que se contraponha aos “valores cristãos”. Inclusive usando a falácia de que os homossexuais poderão, com a aprovação da lei, praticar atos obscenos em lugar público. É lamentável a posição destes religiosos em não discutirem o mérito do projeto e sua adequação ou não do ponto de vista dos Direitos Humanos e do ordenamento legal, mas apenas se deterem em reafirmar preconceitos com base em errôneas interpretações religiosas.

Além do mais, em relação às principais críticas, verificamos que na realidade, não têm qualquer fundamento, uma vez que o projeto está em plena consonância com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, dos quais o Brasil é parte; o projeto também permite a concretização dos preceitos contidos na Constituição Federal brasileira e jamais

08/02/2011 - CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Recebido na CDH. Matéria aguardando designação do Relator.

09/02/2011 - CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

02/03/2011- CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

Situação:

MATÉRIA COM A RELATORIA

Ação:

O Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Senador Paulo Paim, designa a Senadora Marta Suplicy relatora da matéria.

Ao gabinete da Senadora Marta Suplicy.

Disponível em:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em 11 de mar. de 2011.

limita ou atenta contra a liberdade de expressão, de opinião, de credo ou de pensamento. Ao contrário, contribui para garanti-las a todos, evitando que parte significativa da população, hoje discriminada, seja agredida ou preterida exatamente por fazer uso de tais liberdades em consonância com sua orientação sexual e identidade de gênero.

Segundo Sanches (2009, p. 104):

A respeito da aprovação do projeto de Lei ora analisado, a Deputada Iara Bernardi, que também é coordenadora da Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual, fez o seguinte comentário: "esta ação significa um passo importante para a conquista dos direitos da comunidade GLBT, pois uma sociedade que se quer democrática deve respeitar a orientação sexual e identidade de gênero das pessoas que a compõem. O ordenamento legal do país deve responder a todas essas demandas, protegendo no nível da lei os *gays*, as lésbicas, os bissexuais e as pessoas transgêneras.

Constatamos que o futuro do referido projeto ainda é uma incógnita, mas também é verdade que agora parece haver uma luz no fim do túnel e vontade política para que finalmente no Brasil, seja caracterizada como crime a discriminação ou preconceito baseados na orientação sexual ou identidade de gênero. Isto quer dizer que todo cidadão ou cidadã que sofrer discriminação por causa de sua orientação sexual e identidade de gênero poderá prestar queixa formal na delegacia. Esta queixa levará à abertura de processo judicial. Caso seja provada a veracidade da acusação, o réu estará sujeito às penas definidas em lei.

Finalmente, esperamos por uma posição favorável aos gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais brasileiros, estimados em 10% da população (cerca de 19 milhões de pessoas) que continuam a sofrer diariamente discriminação (assassinatos, violência física, agressão verbal, discriminação na seleção para emprego e no próprio local de trabalho, escola, entre outras), e os agressores continuam impunes. A transformação do referido projeto em lei, não fará desaparecer a discriminação como num passe de mágica, mas será indiscutivelmente um grande avanço na luta incessante contra a discriminação e a favor da efetivação e respeito aos direitos humanos em sua plenitude no Brasil.

CAPÍTULO 4 – AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS NA REALIDADE BRASILEIRA

O objetivo deste capítulo é estudar o problema da possibilidade de implementação de políticas de discriminação positiva em favor dos homossexuais, as chamadas ações afirmativas, no direito brasileiro, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade, que surge como mecanismo de combate às desigualdades, assim como, analisar a contribuição das mobilizações homossexuais e importância das ações governamentais para a adoção de ações afirmativas e políticas públicas de combate à discriminação por orientação sexual.

4.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO, OBJETIVO E DESTINATÁRIOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A análise do princípio da igualdade e das respostas jurídicas perante a discriminação não estaria concluída sem uma análise dos tratamentos positivos diferenciados, muitas vezes, necessários em razão da complexidade da vida em sociedade.

Segundo examinado no capítulo anterior, a discriminação negativa, é o tratamento desigual que gera um desfavor ao indivíduo, denegando-lhe o exercício de algum direito ou excluindo-o do convívio social, fundamentado em critérios injustos e injustificados.

Não obstante, em muitas situações, uma conduta positiva do Estado, é reclamada, através de políticas de proteção, a fim de compensar desigualdades, corrigir distorções sociais e garantir a igualdade de oportunidades para aqueles indivíduos ou grupos, histórica e culturalmente excluídos. É nessa acepção que se justifica a discriminação positiva.

As dúvidas que abrangem o cotidiano fazem pensar sobre os desejos e as expectativas que o ser social pode ter, sobretudo aquele que está submetido a regras ditadas pelos mais fortes, para os quais a consciência social tem-se desvendado elementar ou até mesmo nula.

Enquanto as dúvidas aumentam, nos separamos cada vez mais do ideal da igualdade entre os homens, e da indiscutível falta de solidariedade social, sendo esta a forma e o meio de sobrevivência do Estado, especialmente o Estado Democrático de Direito. Ao Estado interessa a harmonia social, e para que isto aconteça, deve abastecer-se de instrumentos reparadores que estejam ao seu alcance.

As Ações Afirmativas surgem como um desses mecanismos, mais precisamente como instrumento para combater as desigualdades, sendo um tema jurídico extremamente atual e

importante. Como era de se esperar, esse tema tem suscitado os mais diferentes entendimentos e consequentes posicionamentos, muitos dos quais embasados em premissas falsas, que são frutos da falta de informações claras e precisas sobre essas ações.

Neste sentido, afirma Madruga da Silva (2005, p. 57):

O tema das ações afirmativas [...] é polêmico. A começar pela controvérsia de sua própria definição. Enquanto alguns autores restringem-nas a determinados tipos de discriminação, outros falam da obrigatoriedade de seu caráter temporário, ou, mesmo, só as concebem diante das iniciativas do poder público, gerando, via de regra, uma incompletude no conceito pretendido.

Também, no mesmo sentido afirma Rios (2008, p.155):

Dentre os intrincados temas que compõem o direito da antidiscriminação, talvez o mais polêmico sejam as ações afirmativas. Na literatura jurídica norte-americana, com efeito, há um sem-número de livros e artigos debatendo o tema, muitos dos quais as defendendo ardorosamente, enquanto outros a condenam. Do mesmo modo, não há consenso em outras áreas: seja qual for a perspectiva adotada - história, ciência política, sociologia, estatística, antropologia, psicologia - encontrar-se-ão divisão e disputa científica e ideológica.

Assim, o primeiro problema a ser superado para o estudo das ações afirmativas é justamente sua definição. Tratando-se de um tema submerso em tanta polêmica, muitos termos e expressões têm sido a ela associados, impregnados de conotações políticas e controvérsias.

Conforme Barrère Unzueta (1997, p. 85-86):

La discriminación inversa estadounidense recibe en Europa también la denominación de “discriminación positiva”. Es más, salvo alguna excepción, la identificación entre ambas expresiones es general, incluso en los estudios doctrinales que demuestran mayor preocupación analítica [...] la etiqueta de la «discriminación inversa» resulta tendenciosa y, por tanto, en un contexto teórico o doctrinal, improcedente. Pues bien, por motivos del mismo tenor, ocurre lo mismo con el empleo de la expresión «discriminación positiva».

En efecto, en primer lugar, cabría pensar que en la expresión discriminación positiva, el término discriminación estuviera empleado en su sentido neutro. De esta manera, la expresión discriminación positiva indicaría una diferenciación en positivo. Ahora bien, si nos situamos en un contexto discursivo en el que la discriminación es algo malo o negativo (y éste es el contexto en el que es usada), la expresión discriminación positiva se presenta como una *contradictio in terminis*: si es discriminación no puede ser positiva.

Pero esta cuestión va relacionada con otro punto necesitado de revisión en una teoría de la acción positiva como es, precisamente, el de los términos de la distinción entre la acción positiva y la discriminación inversa o positiva.

La distinción entre la acción positiva y la discriminación inversa no está clara, ni tan siquiera en los trabajos que mejor recogen y resumen un debate que se origina y desarrolla en relación al Derecho antidiscriminatorio.

De fato, na maioria das vezes, a expressão "ação afirmativa" é associada, às ideias de cotas, objetivos, tratamentos preferenciais, discriminação inversa e discriminação positiva.

De acordo com Rios (2008, p. 157):

Ao termo "discriminação inversa", assim como "discriminação invertida", costuma-se associar uma conotação negativa. Assim como a "discriminação de primeira ordem" significa prejudicar negros, a idéia subjacente à discriminação inversa é a mesma: prejudicar brancos. A conotação negativa, portanto, decorre da presunção de inadmissibilidade que acompanha o termo discriminação. Neste sentido, a expressão "discriminação benigna" padeceria do mesmo mal.

Também carregando um sentido negativo, associa-se às ações afirmativas a imposição de cotas ou de objetivos, geralmente tomados como inflexíveis. O sentido negativo decorre não só da rejeição desta modalidade de ação afirmativa pela Suprema Corte, como também pela idéia de que elas seriam insensíveis às realidades individuais de cada sujeito na alocação de benefícios. Mesmo que admitida a rejeição de políticas de cotas em qualquer circunstância, há várias modalidades destas políticas de cotas, cujas variantes podem suplantar tais objeções, identificar ação afirmativa com a imposição de cotas configura uma simplificação incorreta da realidade.

A expressão "tratamentos preferenciais", por sua vez, é utilizada por muitos adeptos das políticas de ação afirmativa, por não se associar diretamente a nenhuma das conotações pejorativas presentes nas discriminações inversa e benigna ou nas cotas. Todavia, ela ainda deixa em aberto a questão da justiça da preferência empregada: evidentemente, há preferências justas e injustas. Dizer que alguém foi beneficiado com um emprego pelo fato de ser negro é algo, à primeira vista, indesejável, bastante diferente de apontar que tal decisão vincula-se, por exemplo, a um critério de desempate que visa combater as conseqüências do racismo.

Outro ponto significativo, que define o alcance da expressão "tratamentos preferenciais" e indica um fundo pejorativo em sua formulação, é a incongruência da ideia de preferência com os imperativos de abstração e universalidade que informam o ideal de igualdade de todos, independente de raça ou cor, por exemplo.

As ações afirmativas, observadas sob a ótica da discriminação institucional e das respostas jurídicas às modalidades indiretas de discriminação, não são tratamentos preferenciais, mas medidas de prevenção diante da desvantagem vivenciada por determinados grupos, decorrentes do racismo, homofobia e de outras formas correlatas de preconceito.

Considerando tais significados, e compartilhando do posicionamento de Rios (2008), adotamos nesta tese, como terminologia mais adequada, a conhecida expressão "ação afirmativa". A abrangência de seu conceito e sua influência deve atentar para a evolução histórica de tais medidas. As ações afirmativas foram iniciadas e desenvolvidas a partir da discriminação racial. Seu conceito, portanto, surge atrelado ao combate ao racismo, principalmente na sua modalidade institucional. Posteriormente, foram compreendidos outros grupos étnicos, bem como a discriminação nas relações de gênero.

As ações afirmativas foram desenvolvidas tendo em vista à integração cultural, o bem-estar daqueles discriminados e a promoção das minorias. Surgiu nos Estados Unidos da América, na Década de 60 – “Affirmative Action”²⁹⁷. Tendo como destinação a propagação de oportunidades para grupos sociais excluídos, em especial negros e mulheres. A população norte-americana, na época, defendia que o Estado americano, além de assegurar leis anti-segregacionistas, assumisse uma posição ativa para melhorar as condições de vida daqueles grupos discriminados (mulher, negros, étnicos etc).

Segundo Rocha (apud IBIAS, 2009, p. 80):

A ação afirmativa foi criada nos Estados Unidos, em 1965, quando surgiu a necessidade de instrumentalizar os direitos e garantias fundamentais, preconizados nas Constituições de quase todo o mundo, em especial o princípio da igualdade jurídica. Esta ação pode ser intentada com base na própria Constituição Federal, que em seu art. 5º, incs. XLI e XLII, garante que *"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais"*. Utilizar-se deste expediente processual, significa universalizar a igualdade e promover a igualação, pois *somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República*.

Não apenas limitada aos Estados Unidos, a ação afirmativa, também, foi experimentada por países da Europa ocidental, Índia, Canadá, Malásia, Austrália, Cuba, África do Sul, Nigéria, Argentina, dentre tantos outros.

A expressão ação afirmativa foi desenvolvida em diversos países e, por isso, assumiu sentidos diferentes de acordo com o país em que estava sendo implantada, refletindo as experiências históricas de cada país. Tendo em vista estas composições variadas, de acordo com cada país em que estava sendo desenvolvida, a ação afirmativa adquiriu termos como: “ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação”.

Neste contexto, afirma Sanches (2009, p. 56):

A expressão ação afirmativa passou a significar desde então "a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais".

²⁹⁷ A expressão “affirmative action” é atribuída ao ex-presidente norte-americano, John Kenedy, que em decreto presidencial de 1961, determinava que os contratantes do governo estadunidense deveriam adotar medidas afirmativas no sentido de assegurar o acesso e a permanência no corpo de empregados, de indivíduos de diversas raças, credos e nacionalidades.

A partir do exemplo norte-americano, outros Estados passaram a ter consciência da necessidade de transformação na forma de concepção e aplicação dos direitos, principalmente, aqueles elencados como fundamentais. Torna-se clara a idéia de que a simples formalização de regras não é suficiente para assegurar as garantias prometidas no ordenamento; é necessário ir além, a fim de que estas promessas sejam garantidas por uma atuação efetiva do Estado e da sociedade.

Evolui-se, portanto, daquela concepção tradicional do princípio da igualdade, onde prevalecia um conceito jurídico passivo que enxergava nas normas dirigidas ao combate à discriminação um caráter meramente negativo. Passa-se para um conceito jurídico ativo que visa, principalmente, ao alcance da efetiva igualdade.

Assim, o conceito de ação afirmativa, anteriormente percebido como conjunto de medidas, conscientes do ponto de vista racial, com o fim de beneficiar minorias raciais em condição de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal, sofreu uma evolução, e observou-se uma expansão do conceito. Ação afirmativa, então, passou a ser conceituada, segundo Rios (2008, p.158): “como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual”.

Afirma Cruz (2009, p. 163) que:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica etc.

As ações afirmativas são, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa da sociedade. Logo, não devem ser vistos como "esmolas" ou "clientelismo", mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito. São, pois, uma exigência comum a países desenvolvidos como os Estados Unidos e a países subdesenvolvidos como o Brasil.

As ações afirmativas para Gomes (2001, p. 6):

[...] consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

As ações afirmativas surgem como medida urgente e necessária. Tais ações encontram amplo respaldo jurídico, seja na Constituição pátria (ao assegurar a igualdade material, prevendo ações afirmativas para os grupos socialmente vulneráveis), seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Neste contexto, assegura Madruga (2005, p.72):

O objetivo principal que gira em torno da implementação de políticas afirmativas, está, sem dúvida, em garantir a consecução do princípio de igualdade de oportunidades entre determinados grupos ou indivíduos excluídos socialmente. Essa igualdade de chances, na forma de inclusão social, viria a propiciar o combate às distorções econômicas e sociais verificadas ao longo do tempo e relacionadas, por exemplo, ao direito, à educação, ao emprego e ao salário.

De acordo Piovesan (2005), no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobressaem-se duas táticas: a. repressiva punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação; b. promocional (que tem por objetivo promover fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva punitiva, há a urgência de erradicar-se todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, por si só é, todavia, medida insuficiente. Portanto, é fundamental conjugar a vertente repressiva punitiva com a vertente promocional. Faz-se mister combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para garantir a igualdade não é suficiente apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São imprescindíveis as estratégias promocionais capazes de instigar a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. De fato, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se entende é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

Neste sentido, as ações afirmativas colocam-se como forte mecanismo de inclusão social, que através de medidas especiais e temporárias, procuram minorar um passado discriminatório. Na verdade, elas visam tornar o processo mais célere com a obtenção da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres e os homossexuais, entre outros grupos. Assim, as ações afirmativas, concebidas como políticas adotadas para contrabalançar, abrandar e minorar as condições decorrentes de um passado de discriminação, exercem uma finalidade pública crucial para o projeto democrático: garantir a diversidade e a pluralidade social. São medidas reais que tornam o direito à igualdade exequível, acreditando que a igualdade deve harmonizar-se com respeito à

diferença e à diversidade. Através delas passa-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Ainda no mesmo contexto, afirma Piovesan (2010, p.75):

No tocante ao dever de implementar os direitos humanos situam-se as ações afirmativas, consideradas como medidas necessárias e legítimas pelos Comitês da ONU, para aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade, sob a inspiração do direito à igualdade material e substantiva. Atente-se que os instrumentos de alcance especial, tanto no sistema global, como nos sistemas regionais, expressamente admitem a adoção de ações afirmativas [...]

Dentre os instrumentos internacionais destacamos a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que além de objetivar a erradicação da discriminação dispensada em face destas minorias também preveem a possibilidade de adoção de ações afirmativas como medida a ser adotada pelos Estados para a eliminação das desigualdades²⁹⁸.

Como todo e qualquer tema controvertido, e a partir desta nova concepção, muitas críticas surgiram, sobretudo por parte dos grupos politicamente dominantes dentro de uma determinada sociedade. Assim, alguns opositores ao movimento das políticas de ação afirmativa, afirmam que tais ações criam novas discriminações, agora em desfavor das maiorias, que passam a perder espaço até então assegurado pelo princípio igualador do direito no plano formal.

Sustenta Sanches (2009, p. 57) que:

²⁹⁸ Neste sentido, a possibilidade da utilização de ações afirmativas como método de promoção de igualdades entre os sexos está prevista no art. 4º, 1, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher: "A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados" e no art. 1º, 4, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial: "Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos". Fonte: ALMEIDA, Guilherme Assis, PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

No mesmo sentido, ver também a Recomendação Geral nº16 (2005) do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dispondo que: "the principles of equality and non-discrimination, by themselves, are not always sufficient to guarantee true equality. Temporary special measures may sometimes be needed in order to bring disadvantaged or marginalized persons or groups of persons to the same substantive level as others".

A realidade, em contrapartida, demonstra que tal crítica além de insubsistente e infundada, não é verdadeira, pois os planos e programas de ação afirmativa adotados tanto pelos Estados Unidos, no início, e pelos demais Estados, posteriormente, sempre primaram pela fixação de percentuais mínimos garantidores da inclusão das minorias que por eles se buscavam igualar, respeitada a realidade e o momento histórico da sociedade em que seriam aplicados. Para a Ministra *Cármem Lúcia Antunes Rocha* "os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, locais de lazer, etc, como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade". Com efeito, as políticas de ação afirmativa jamais podem ser criadas e instituídas dissociadas de uma realidade concreta, eis que congregam medidas que implicam supressão das desigualdades de fato e não meramente jurídicas.

Ademais, ressalta Madrugada da Silva (2005, p. 74):

A crítica de Rawls ao utilitarismo centra-se nesse ângulo, isto é, o sacrifício dos direitos individuais em nome do aumento do bem estar coletivo, acarretando uma situação de flagrante injustiça, ou seja, a consecução, pela sociedade, do grau máximo de riqueza e satisfação quaisquer que sejam os direitos, oportunidades e privilégios existentes. Para o autor, num razoável estágio avançado da civilização, a maior soma de vantagens não são obtidas desse modo, qual seja pela violação da liberdade, pelas perdas menores de alguns, a justificar os benefícios maiores de outros. Nas palavras de Rawls, "*utilitarianism does not take seriously the distinction between persons*".

Ao lado da busca da igualdade de oportunidades, reconhecem-se outros aspectos que devem ser integrados às finalidades da ação afirmativa, os quais são revelados, com muita propriedade, por Joaquim B. Barbosa Gomes. O primeiro deles está relacionado aos aspectos cultural, pedagógico e psicológico. Para o autor, figuraria também entre os objetivos almejados pelas políticas afirmativas "o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher."

Destarte, aceitar que programas de ação afirmativa são inexecutáveis por instituírem discriminação de maiorias é o mesmo que conceber que a igualdade meramente formal seja suficiente para assegurar a igualdade de oportunidades, independentemente das desigualdades históricas a que estão sujeitos determinados grupos e pessoas, o que é absolutamente inadmissível.

O reconhecimento das minorias como tais e a efetivação de todos os direitos a estes grupos são requisitos indispensáveis para que possamos pensar em um Estado Democrático de Direito enquanto tal. A ambição da ação afirmativa não é de eliminar diferenças, mas garantir que estas sejam resguardadas por meio da inclusão dos grupos que as representam.

O respeito às especialidades individuais e coletivas dos diversos grupos de pessoas que se distinguem por origem, sexo, orientação sexual, idade, raça etc é a maneira moderna de exteriorizar a preocupação com os direitos humanos.

Assim, os alvos mais comuns dessa diferença são grupos vulneráveis e que, por isso, merecem ser tratados com igualdade e não serem discriminados.

Os homossexuais representam um dos grupos discriminados historicamente. Dentre os quais podemos também citar as mulheres, os deficientes, os idosos, os negros e entre outros.

A solução encontrada para integrar esses grupos, que por destoarem dos padrões comportamentais, foram marginalizados socialmente, por conta de uma herança discriminatória, são as ações afirmativas. Estas promovem esses grupos lesados pela discriminação, à condição de protagonistas no campo social, exercendo, de forma plena, sua dignidade.

As ações afirmativas são implementadas de várias formas e tratam de aplicação de leis, regulamentos, políticas voluntárias e, sobretudo, de decisões judiciais. Assim, a ação afirmativa pode ser utilizada como mecanismo judicial, por meio de ações, visando a obter tutela jurisdicional, bem como extrajudicial, tendo como finalidade igualar os direitos dos grupos que estão marginalizados na sociedade, por práticas discriminatórias – como é o caso dos homossexuais – conferindo-lhes direitos negados por preconceito.

Na verdade, a homossexualidade ainda é vista em um contexto de socialização bastante conservador. Por conservador, não faço referência a uma tendência ou argumento que se opõe essencialmente a determinado tipo de comportamento moral e que crê que é direito e dever do Estado evitá-lo ou detê-lo, de modo aberto ou pelo uso da força. Por conservador, refiro-me, a uma variedade do liberal: alguém que partilha, fundamentalmente, das premissas do Estado liberal, com suas garantias à liberdade, ao pluralismo, à liberdade de expressão e de ação, mas que entende, também, que a política é um campo onde é imprescindível afirmar certos valores culturais, sociais e morais sobre outros.

Neste sentido, assegura Sullivan (1996, p. 89):

Finnis é liberal enquanto não acredita ser dever do Estado afetar o comportamento particular entre adultos emancipados, mas é conservador por não acreditar que a afirmação pública ou a presença de certos comportamentos, tais como demonstrados por pessoas abertamente homossexuais, seja um evento neutro. Esses comportamentos criam uma norma social que diz que o sexo trata da gratificação pessoal e não da procriação marital. E, em última análise, essa norma social debilita a possibilidade de ocorrerem casamentos bem sucedidos e, portanto deve ser dissuadida [...] Em Finnis há uma versão pura do ponto de vista conservador [...] Embora não se deva punir ou coibir os homossexuais que persistem no comportamento imoral e autodestrutivo, é importante que as crianças com inclinação sexual, os adultos homossexuais impressionáveis e os heterossexuais em geral sejam continuamente lembrados, em público, de que o comportamento homossexual é vergonhoso, ilusório, autodestrutivo e corrói a sociedade em que ele infelizmente aparece.

O processo de revelação da orientação sexual minoritária é bastante complexo. Os homossexuais, na maioria das vezes, sentem-se constantemente pressionados por viverem uma vida de duas faces, em que a revelação da orientação sexual minoritária torna-se motivo de estigma, preconceito, violência²⁹⁹, enquanto que a manutenção do segredo torna-se fonte de angústia, depressão, medo e recolhimento. Argumenta-se que o processo, de revelação da orientação sexual, ou seja, a “saída do armário”, é considerado como uma fase difícil da vida dos homossexuais, o medo, a depressão e a angústia não vêm necessariamente da descoberta, mas da consciência de que serão vítimas da rejeição³⁰⁰.

Desta forma, torna-se fácil atestar a dificuldade de se implementar ações afirmativas efetivas de combate à discriminação por orientação sexual, em virtude do número ainda reduzido de homossexuais que assumem claramente a sua opção sexual perante a sociedade. Políticas de ações afirmativas são tanto mais efetivas quanto mais patentes tiverem a violação aos direitos da minoria defendida. Isso aconteceu, num momento inicial com as mulheres e os negros, pois além destes grupos contarem com uma representatividade numérica bastante significativa, os movimentos sociais engajados na luta pelo reconhecimento dos seus direitos há muito já estavam instituídos.

Neste lastro, afirma Sanches (2009, p. 58):

Nas questões ligadas à homossexualidade, as ações afirmativas, para surtirem resultados, deveriam partir de políticas de conscientização e educação sobre liberdade de opção sexual, o que reduziria o sentimento preconceituoso arraigado na mentalidade popular e permitiria que muitos homossexuais assumissem a sua posição, para, num segundo momento, criar medidas efetivas que garantissem a inserção social destas pessoas que ainda se encontram excluídas de uma série de direitos e oportunidades oferecidas apenas aos heterossexuais por opção ou àqueles que não revelam a sua verdadeira identidade sexual pelo simples medo do preconceito.

4.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

²⁹⁹ Neste contexto, segundo Piscitelli (2004, p.367): Faz parte do cotidiano dos homossexuais brasileiros nas grandes cidades temer roubos e extorsões por parte de indivíduos que se apresentam como possíveis parceiros sexuais, mas que de fato procuram a situação ideal para chantagear a vítima com ameaça de tornar pública a sua orientação sexual (*outing*) ou para roubá-la em um momento de descuido. Em alguns casos, situações de roubo e extorsão supõem o assassinato da vítima; em outros, sua morte acaba ocorrendo ao longo da ação violenta, como consequência não prevista.

³⁰⁰ Neste sentido conferir nota 224 do Capítulo 3.

No Brasil, os debates acerca das ações afirmativas aconteceram a partir dos anos 90, e se desenvolveram intensamente com a adoção do sistema de cotas nos exames vestibulares de algumas Universidades Públicas, reservadas para o acesso de aos afro-descendentes e alunos carentes ao nível superior da educação formal. Entretanto, a própria Constituição Federal de 1988 já abrigava, explicitamente, algumas ações afirmativas.

A questão da igualdade, sempre foi pre vista em nossos textos constitucionais, que a trataram com maior ou menor profundidade. Em nossa Constituição Imperial de 1824³⁰¹, antes mesmo de fazê-lo a Constituição norte-americana, já se previa o princípio da igualdade perante a lei. Nessa época, o regime político então vigente aceitava a existência da escravatura, e tal qual ocorria quando dos escritos aristotélicos, o escravo sequer era considerado pessoa. A Constituição Republicana de 1891, inspirada pelos movimentos revolucionários da América do Norte e pela Revolução Francesa, também trazia a previsão da igualdade formal³⁰². Como ocorria de uma maneira geral nos países do mundo ocidental, naquele momento histórico, estava proibido, desde sua vigência, qualquer espécie de privilégio que se baseasse no nascimento de qualquer pessoa. Também foram declarados desconhecidos e desconsiderados quaisquer foros de nobreza, extinguíram-se as ordens honoríficas e todas as vantagens a ela inerentes, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Na Constituição popular de 1934³⁰³ também se previa que todos seriam iguais perante a lei, proibindo-se qualquer espécie de privilégios ou distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou ideias políticas. Os constituintes dessa declaração de direitos acreditaram que com a simples positivação do princípio da igualdade, numa ótica meramente formal, e com a proibição de distinções de qualquer natureza, estavam banindo a discriminação, especialmente racial, embora até pouco tempo vigorasse o regime escravocrata. Na Constituição outorgada de 1937 ficou estabelecido simplesmente, que "todos são iguais perante a lei"³⁰⁴, reduzindo-se o tratamento da matéria se comparado com o que aconteceu na vigência da Constituição anterior, talvez, fruto da falsa crença de que no país não existia discriminação de nenhuma

³⁰¹ Assim, dispunha o art. 179, XIII, do texto constitucional: "a lei será igual para todos, quer proteja quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

³⁰² Cf. Art. 72, parágrafo 2º: "Todos são iguais perante a lei".

³⁰³ Cf. Art. 113, item 1: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas".

³⁰⁴ Cf. redação do Art. 122, item 1.

espécie. Notava-se, até então, uma completa disparidade entre o discurso que estava formalmente estabelecido nos textos constitucionais e a realidade então vivenciada pelo povo brasileiro. Sob a égide dessa Carta Fundamental entraram em vigor dois importantes instrumentos legislativos, até hoje vigentes: a Consolidação das Leis do Trabalho, que vedou o pagamento de rendimentos ou salários diferentes aos trabalhadores em função de sexo, nacionalidade ou idade, e o Código Penal, que não criminalizou a discriminação, que passava a caracterizar-se apenas como contravenção penal.

Além de reafirmar o princípio da igualdade, a Constituição de 1946³⁰⁵ proibiu textualmente a propaganda de preconceitos de raças ou classe, sendo introduzida, pela via indireta uma espécie de lei do silêncio, que tornava ainda mais convincente o mito da democracia racial. Quando ainda estava em vigor essa Carta Política, ocorreu a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em dezembro de 1948, tendo sido disseminado pelo mundo inteiro que "todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer condição". Nessa época os intelectuais e mesmo a sociedade passaram a perceber claramente a dimensão do problema no Brasil. Graças ao trabalho de Afonso Arinos e Gilberto Freire, foi aprovada, em 1951, a primeira lei penal sobre a discriminação, reconhecendo-se, no âmbito político, jurídico e social, a existência da discriminação racial no país, até hoje dissimulada e negada por alguns³⁰⁶.

³⁰⁵ Cf. art. 141, parágrafo 1º.

³⁰⁶ Segundo o Ministro Marco Aurélio: "Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia a dia da vida em sociedade[...] E é sintomática a justificativa dessa lei na qual se apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente, a Marinha e a Aeronáutica. Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum. E o Judiciário, como atuou diante desse diploma que enquadrava, não como crime, mas como contravenção penal, a discriminação, considerada a raça ou a cor? O Judiciário mostrou-se excessivamente escrupuloso e construiu uma jurisprudência segundo a qual era necessária a prova, pelo ofendido, do especial motivo de agir da parte contrária. Resultado prático: pouquíssimas condenações, sob o ângulo da simples contravenção, ocorreram. Daí a crítica de Afonso Arinos, falando à "Folha de São Paulo", em 8 de junho de 1980 "... a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico...". Outras leis foram editadas: em 1956, sobre o genocídio; em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sobre a radiodifusão; e, em 1964, o Brasil veio a subscrever a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que teve a virtude de definir, em si, o que se entende como discriminação: "Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão". In: FÁRIA MELLO, Marco Aurélio Mendes de. **Óptica Constitucional** - a igualdade e as ações afirmativas. Texto extraído de palestra proferida pelo Ministro do STF, em 20 de novembro de 2001, no Seminário "Discriminação e Sistema Legal Brasileiro", promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < http://www.gontijo familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>. Acesso em: 05.08.10. Conforme declarou o ex-presidente Fernando Henrique

Já na Constituição Federal de 1967 nada de novo foi criado, continuando a previsão apenas da igualdade formal³⁰⁷, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Houve, no entanto, a constitucionalização do dever de punição do preconceito, porque ficou consignado nesse texto fundamental que o preconceito de raça seria punido pela lei. O texto constitucional de 1969 (Emenda n.º 01, de 1969, verdadeiramente uma nova Constituição) repetiu as disposições da Carta anterior, proclamando-se que não seria tolerada a discriminação.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 alterou esse panorama, sinalizando a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava até então para o princípio da igualdade, num sentido meramente formal. O preâmbulo dessa carta já demonstra o objetivo da Assembléia Nacional Constituinte: "instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Com a chegada da Constituição de 1988, do Estado democrático de direito e de uma sociedade moderna e pluralista, o princípio da igualdade se fortalece, com a finalidade de respeitar as diferenças.

Recordamos que não há como falar em direito à diferença sem abordar a dignidade da pessoa humana e como braço da dignidade humana tem-se o direito à igualdade, e seus desdobramentos, e o direito a não discriminação promovendo o indivíduo como fim da norma. E, se o indivíduo é fim, a ordem deve existir para atender a cada um em seus direitos, deixando-os livres para gerir suas vidas da forma que lhes aprouver.

Assim, conforme já analisado em capítulo anterior, a Constituição da República de 1988, recepcionou a dignidade humana como princípio maior, colocando o ser humano no centro das argumentações e decisões. O ser humano é o fim, e não o meio, de todas as ações.

Importante também recordarmos que, no direito constitucional brasileiro, o princípio da igualdade compreende as dimensões formal e material e, expressamente, adota critérios

Cardoso em entrevista, até hoje não se pode falar de democracia de raças no Brasil. E ainda ressaltou: "Pode-se dizer que a sociedade brasileira seja racialmente mais igualitária? Menos perversa que a sociedade escravocrata, sem dúvida. Isenta de preconceitos ou de discriminações? Duvido". CARDOSO, Fernando Henrique. **Brasil ficou menos perverso, mas racismo persiste, diz FHC**. Veja, São Paulo, 29 de julho de 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/celebridades/brasil-ficou-menos-perverso-mas-racismo-persiste-diz-fhc>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

³⁰⁷ Cf. Art. 150, parágrafo 1º.

proibitivos de diferenciação, ou seja, estabelece um mandamento de igualdade de tratamento entre indivíduos e grupos, a não ser que haja razões suficientes para a instituição de um tratamento diferenciado.

As ações afirmativas, no entanto, não se referem ao estabelecimento de tratamentos iguais ou diferenciados segundo o grau de desigualdade entre os indivíduos e grupos ponderados. Elas visam ao combate à discriminação, através do estabelecimento de medidas peculiares, em virtude de situações de desvantagem ou exclusão. Elas anseiam modificar os efeitos das práticas discriminatórias, notadamente indiretas. Nesta acepção, as ações afirmativas visam, de um ponto de vista fático, a novas condições de vida, através da transformação da realidade existente, vale dizer, elas exigem a criação da igualdade fática.

Segundo Rios (2008, p. 193):

Tal atenção às condições fáticas muda a perspectiva da investigação sobre a dinâmica do princípio da igualdade. Transita-se da pergunta sobre a licitude dos tratamentos destinados a indivíduos e grupos em face das conseqüências práticas das ações ou omissões estatais.

Lembramos, ainda, que a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal. a exemplo dos artigos 7º, incisos XX, XXX a XXXII e XXXIV; art. 201, parágrafo 1º; e art. 206, I, já mencionados no capítulo anterior, bem como o artigo 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

Entretanto, esta atenção não se restringe às ações afirmativas, pois a Constituição em vários momentos demonstra sua preocupação com a construção de uma sociedade justa e solidária³⁰⁸; com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais³⁰⁹; com a promoção do bem de todos, sem preconceitos³¹⁰; com a oferta dos direitos sociais da educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados³¹¹; como assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social³¹²; com a promoção do bem-estar e da justiça social³¹³.

³⁰⁸ Art. 3º, I.

³⁰⁹ Art. 3º, III; Art.170, VII.

³¹⁰ Art. 3º, IV.

³¹¹ Art. 6º.

³¹² Art. 170º. *Caput*.

³¹³ Art. 193º. *Caput*.

Estabelecida a fundamentação constitucional das ações afirmativas no direito brasileiro, é indispensável analisar o entendimento que entrevê uma situação de confronto entre os mandados de respeito à igualdade jurídica e de promoção da igualdade fática, que configura segundo Alexy (2007, p.368), o "paradoxo da igualdade", e assim dispõe:

[...] tanto un *principio de igualdad jurídica* como un *principio de igualdad de hecho*, se produce dentro del marco del principio de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un trato igual es, según el otro, un trato desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio omnicompreensivo de la igualdad implica una "paradoja de la igualdad".

Neste sentido, argumenta Rios (2008, p.194):

[...] a promoção de novas condições, através da igualdade fática, ao exigir a instituição de tratamento diferenciado entre os pólos das relações entre desiguais, produziria desigualdade jurídica. A questão racial serve mais uma vez de exemplo: a superação do racismo no mercado do trabalho pode exigir a alteração de condições fáticas mediante regimes diferenciados de admissão, seleção e demissão de empregados, configurando a colisão entre igualdade fática e igualdade jurídica. Este conflito, no entanto, pode ser superado dentro mesmo da dogmática da igualdade jurídica, à consideração de que o mandamento de igualdade material (tratar aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, na medida da desigualdade) conduz à promoção da igualdade fática. Isto porque, conforme a segunda parte da máxima da igualdade jurídica (a norma de tratamento desigual), "se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual".

Assim, o direito à criação de igualdade fática decorre deste direito a um tratamento jurídico desigual. O direito à criação de igualdade fática surge, aqui, como um princípio jurídico, ou seja, uma norma jurídica que reclama cumprimento na maior medida do possível, tanto fático como jurídico.

Ressalta Alexy (2007) que este entendimento dá a oportunidade para a consideração dos demais princípios e regras jurídicos incidentes em cada caso, assim como dos limites da realidade socioeconômica verificada a cada momento histórico (a reserva do possível em direitos fundamentais sociais).

Portanto, sustentamos que a discriminação social negativa, provocando impedimentos reais ao exercício dos direitos, justifica a ação jurídica afirmativa em favor dos homossexuais no Brasil. Deste modo, está satisfeita a correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a desequiparação, justificando a aplicação de eventuais benefícios comparativos em favor deste grupo minoritário. Neste sentido, as ações afirmativas podem ser incluídas e fundamentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando o tema versa sobre discriminação, a história já comprovou que não basta apenas a estipulação de normas proibitivas; é imprescindível que ocorra uma promoção de estratégias capazes de modificar ideias fortemente enraizadas pela tradição, pelos costumes e pelo desenvolver histórico.

Enfatiza Castro (2005, p. 364-365) que:

A adoção das ações afirmativas é geralmente justificada sob o argumento de que tal política social faz com que se atinja objetivos que normalmente não seriam alcançados com qualquer outra medida visando ao combate à discriminação. Nesse sentido, é de se destacar que o que se pretende com a adoção das políticas afirmativas, em realidade, é a promoção dos princípios da diversidade e do pluralismo, de forma que venham a se operar transformações tanto no comportamento como na mentalidade da sociedade como um todo. Dessa forma, pretende-se não só a concretização da igualdade de oportunidades a todos, deve se destacar, dentre os objetivos almejados com as políticas afirmativas, a indução às transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, com aptidão para subtrair do imaginário coletivo, idéias de supremacia e de subordinação de qualquer espécie.

Ressalte-se, portanto, que a ação afirmativa tem como objetivo não somente coibir a discriminação, mas, sobretudo, eliminar os chamados "efeitos persistentes" da discriminação do passado, que tendem a perpetuar. Ainda nesse contexto, releva destacar que partindo-se da premissa de que os grupos minoritários normalmente não são representados ou são sub-representados nos mais diversos ramos de atividade, as ações afirmativas pretendem a implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada.

Nesse lastro, observamos que o efeito mais visível das políticas afirmativas, além da afirmação da diversidade e da representatividade propriamente ditas, é a eliminação de "obstáculos invisíveis" que acabam por impedir o progresso de negros, mulheres, homossexuais, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subordiná-los.

Ademais, a adoção de determinadas ações afirmativas importa também a promoção dos princípios da diversidade e do pluralismo, uma vez que são atividades de caráter de exemplaridade, pois, à medida que vão adentrando no imaginário coletivo, tendem a reduzir certas práticas discriminatórias, que não condizem com uma sociedade pluralista e rica em diversidade, como é o caso da sociedade brasileira.

Segundo Rios (2008, p.194-195):

[...] Na dogmática constitucional do princípio da igualdade, com efeito, um dos conteúdos requeridos constitucionalmente é a criação da igualdade fática, sob pena do mandamento de igualdade material ser completamente ignorado diante da realidade. Ações afirmativas, deste modo, são medidas possíveis e admissíveis constitucionalmente, visando à concretização do princípio da igualdade.

A possibilidade de conflito entre esta dimensão do princípio jurídico da igualdade e outros princípios, potencializada na hipótese de demandas de um direito à igualdade fática originário (como as liberdades negativas, a divisão de competências entre o

Parlamento e o Judiciário, a democracia representativa), não implica a não existência deste direito. Ela reclama, isto sim, a formulação de juízos de proporcionalidade, estabelecendo regras de precedência e os direitos subjetivos definitivos, caso a caso.

Apesar de observamos total compatibilidade constitucional das ações afirmativas no direito brasileiro, cabe ainda analisarmos dois pontos importantes: (1) são as ações afirmativas medidas obrigatoriamente determinadas pela Constituição ou sua aceitação inclui-se na liberdade conformadora constitucionalmente deferida aos Poderes Públicos? (2) Na suposição de prática de políticas públicas que consolidem ações afirmativas, pode-se extrair da Constituição algum critério imperativo que norteie o combate à desigualdade de fato que se anseia combater?

O grande número de doutrinas sobre a igualdade de fato, escolhendo distintos e vários critérios, pode induzir, muitas vezes, a decisões políticas e administrativas incompatíveis. Assim, critérios como renda, educação, influência política, capacidade de autodeterminação, desenvolvimento pessoal, reconhecimento social, possibilidades de acesso aos diversos bens sociais, autorrespeito e satisfação pessoal, uma vez escolhidos, sugerem diferentes medidas; dentre estas, podem ou não se enquadrar as ações afirmativas³¹⁴.

Assegura Rios (2008, p.195):

Tal espectro de medidas engloba políticas públicas que concretizam o princípio da igualdade fática que, no amplo leque das questões de distribuição e reconhecimento, ficam abertas à disputa política na arena democrática. Deste modo, não se pode dizer que ações afirmativas são a única estratégia requerida pela Constituição para o combate da desigualdade (salvo naquelas hipóteses explicitamente designadas pela própria Constituição, como ocorre com a reserva de vagas para deficientes físicos); o que se deve afirmar, ao menos, é sua compatibilidade constitucional, radicada no princípio da igualdade.

De acordo com Alexy (2007, p. 374-375):

El concepto de igualdad de hecho es especialmente apto para ser interpretado de diversas maneras. Ello se debe a que, con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho, puede hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dones y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en los diferentes ámbitos sociales, autorrespeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal. Esto pone de manifiesto que es posible que existan numerosas teorías de la igualdad de hecho

³¹⁴ Segundo Dworkin (apud ALEXY, 2007, p. 375): [...] en un nivel más abstracto, estos criterios pueden dividirse en los de «*equality of welfare*» (igualdad de bienestar) y los de «*equality of resources*» (igualdad de recursos). La primera existe cuando los recursos (por ejemplo, el dinero) están distribuidos de tal manera que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de bienestar (por ejemplo, la satisfacción). La segunda existe cuando los recursos están distribuidos de una manera tal que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de recursos.

recíprocamente incompatibles. Sin embargo, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad. No son sólo razones metodológicas las que excluyen la posibilidad de extraer de la Ley Fundamental exactamente un programa de distribución, sino también razones sistemático-constitucionales. Los asuntos distributivos constituyen un objeto central de la polémica de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento. Esto excluye la posibilidad de partir — en una Constitución que se ha decidido por la democracia parlamentaria — de una sola teoría omnicompreensiva de la igualdad de hecho que subyaciese a la Constitución, y con la que toda decisión del Parlamento, relacionada con una distribución, estaría de acuerdo o no.

Destarte, a determinação a respeito da aplicação de ações afirmativas, inclui-se na gama de alternativas à disposição dos poderes públicos. Ademais, estas alternativas são inteiramente compatíveis com o princípio da igualdade, naquilo que este princípio ordena a posta em execução da igualdade fáctica.

Afirma Rios (2008, p. 196):

Do ponto de vista constitucional e diante da realidade da discriminação, a promoção da igualdade fáctica através de medidas diferenciadas (ações afirmativas, por exemplo) é, portanto, obrigatória e condicionada. Obrigatória, na medida em que o princípio da igualdade não se compadece com a perpetuação de desigualdades fáticas injustas; condicionada, na medida em que a instituição de tratamentos diferenciados a serviço da igualdade fáctica requer a demonstração de razões suficientes.

A questão das ações afirmativas, consideradas como a utilização deliberada de critérios raciais, étnicos ou sexuais, com o fim específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em razão de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual, serem ou não politicamente exigíveis para a promoção da igualdade fáctica e da superação da discriminação na realidade nacional, é um assunto que ultrapassa os objetivos desta tese, uma vez que tratamos aqui de analisar a compatibilidade e o fundamento constitucional de tais medidas. Conforme já exposto, além das hipóteses em que a Constituição mesma determina a adoção de ações afirmativas, elas são uma alternativa constitucional compatível à disposição do Parlamento e do Poder Executivo, sempre que evidenciadas razões suficientes para seu emprego.

Segundo Rios (2008), cabe ainda destacar, a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre as ações afirmativas em pelo menos três oportunidades. Neste sentido, em uma das situações o tribunal, incidentalmente, pelo voto de dois Ministros, manifestou-se pela compatibilidade das ações afirmativas no direito constitucional brasileiro. Ainda no mesmo julgado em que o Supremo Tribunal Federal, emprestando interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional n° 20/1998, afastou o risco de

discriminação indireta contra mulheres no mercado de trabalho³¹⁵, houve expressa menção da experiência constitucional norte-americana das ações afirmativas como conteúdo compatível e requerido pelo princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro.

O voto do Ministro Jobim referiu-se expressamente à legislação norte-americana que deu suporte às ações afirmativas na jurisprudência da Suprema Corte, assim como considerou a "discriminação positiva" constitucionalmente legítima como instrumento para obter a igualdade real. Já o voto do Ministro Sepúlveda Pertence mencionou "... a lógica da ação afirmativa como forma de realizar normas e princípios constitucionais, de inspiração isonômica, ainda que programáticos".

Na outra, houve o exame direto e explícito da questão, ainda que tal hipótese não tenha ensejado maior polêmica ou despertado mais atenção³¹⁶. Nas duas, ainda que de modo sucinto, o tribunal enfrentou a relação entre a igualdade de direito e a exigência da promoção da igualdade de fato.

E ainda, em uma terceira oportunidade, julgamento unânime da Primeira Turma analisou na hipótese de reserva de vagas para deficiente visual. Assim, perante a reserva de até 20% das vagas de concurso público concernente à deficiência física, o tribunal estabeleceu que "a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se insere nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o Preâmbulo da Constituição de 1988"³¹⁷.

Ressalta Rios (2008, p. 206-207) que:

O princípio jurídico da igualdade está vocacionado, nas sociedades democráticas, ao combate da discriminação. O direito norte-americano mostra esta realidade de forma exemplar. Ao longo de sua história, especialmente durante a segunda metade do século XX, este princípio jurídico foi sendo concretizado como proibição não só da discriminação direta, intencional, como também da discriminação indireta, resultante do impacto diferenciado de medidas aparentemente neutras e desprovidas de propósitos discriminatórios. Mais que isso, constatou-se que somente a repressão a intenções e efeitos discriminatórios não é suficiente: são necessárias medidas concretas que afirmem o compromisso com novas realidades onde o preconceito e a discriminação sejam confrontados.

³¹⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946-5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtual.asp>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

³¹⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.276-2/SP, voto da relatora, Ministra Ellen Northfleet, DJU 29.11.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtual.asp>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

³¹⁷ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071-1, Relator Ministro Carlos Britto, DJE nº 018, p. 01.02.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtual.asp>>. Acesso em: 08 ago. 10.

A luta contra a discriminação e a edificação de uma sociedade democrática são desafios cujos efeitos dependem do empenho da razão e do acordo assumido por cada indivíduo e por cada sociedade. Na esfera jurídica, a solidificação da dogmática jurídica do princípio da igualdade se insere, de modo claro e decisivo, como elemento principal para a consecução destas tarefas tão urgentes na sociedade brasileira.

Na verdade, desigualdade não assenta com cidadania e com democracia, nem tampouco preconceito combina com república. Deste modo, no Brasil, que se descreve republicano e democrático, o cidadão ainda é uma minoria que detém o prestígio e o domínio sobre o grupo social, pela abundância de preconceitos que persistem, mesmo sob o disfarce simples do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres ou da psueudotolerância com os homossexuais.

Por fim, não seria realmente democrática a leitura aparente e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a essência, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados. É necessário ter sempre presentes essas palavras. A reparação das desigualdades é plausível. Portanto, é imperioso que façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal.

4.3 MOBILIZAÇÕES HOMOSSEXUAIS E A LUTA PELOS DIREITOS

O processo de redemocratização no Brasil é ainda recente e passa por diversos espaços não definidos. Um deles refere-se à permanência de condições adscritas, vale dizer, características não mutáveis intrínsecas a um indivíduo, como cor e sexo, a implicar em definição das oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, progressão na carreira, desempenho educacional, acesso ao ensino superior, participação na vida política.

Durante o referido processo, as ciências sociais brasileiras deram grande ênfase à problemática dos movimentos sociais. Com a abertura política, diversos grupos puderam se organizar no sentido de reivindicar seus direitos de cidadania.

Os movimentos sociais, apesar de suas diferenças – desde aqueles que buscavam uma melhoria nas condições de vida até os que aspiravam alterações no estilo de vida, tinham em comum o fato de se articularem em torno de reivindicações coletivas.

O preconceito e a discriminação baseados na orientação sexual começaram a ser questionados por aqueles que não se viam incluídos no padrão da sociedade patriarcal e

heterossexista, em que a hegemonia masculina e heterossexual se institui como a forma “recomendável”, isto é, aceitável de expressão de poder.

As origens do movimento homossexual são anteriores ao século XX, porém, neste século o movimento cresceu e ganhou exposição mundial.

Além do mais, é controverso o marco histórico que data o início desse processo. Neste sentido, alguns entendem que a batalha pelo reconhecimento dos direitos dos homossexuais teve início com a criação do "Comitê Humanitário e Científico", em 1897, pelo médico alemão Magnus Hirschfeld, dedicado a condenar o parágrafo 175 da Constituição do Reich, o qual criminalizava a homossexualidade. Já outros consideram o início com a criação, em 1950, da "Sociedade Mattachine", pelo-militante comunista Henry Hay, dedicada a dar proteção a grupos homossexuais³¹⁸.

Afirma Cruz (2009, p. 197):

Resta claro que o reconhecimento aos homossexuais do 'direito a ter direitos', na feliz expressão de Hannah Arendt, implica o afastamento da concepção jusnaturalista de direitos fundamentais como "direitos naturais", acepção que passa a falsa impressão de que os mesmos teriam sido facilmente conquistados. Em verdade, a igualdade para mulheres, negros, indígenas, estrangeiros, protestantes, dentre outros, só veio a ser reconhecida após muito embate. Claro, a "luta por um direito" não implica violência, mas uma postura ativa de enfrentamento do problema, tal como vimos na independência da Índia com Mahatma Gandhi, na luta pelos direitos civis de Luther King, na desobediência civil de Alice Paul e Lucy Burns e no enfrentamento de Robert Milk pelos direitos fundamentais aos homossexuais³¹⁹.

³¹⁸ Martínez-Calcerrada (2005, p. 92-93) enumera os seguintes eventos relevantes do movimiento homossexual no mundo:

1869: El médico húngaro Benkert (inventor del término homosexual) escribe una larga carta abierta al Ministro de justicia prusiano en contra del nuevo código penal que castigaba los actos homosexuales masculinos.

1896: Magnus Hirschfeld publicó un artículo llamado Safo y Sócrates considerado como punto de arranque del movimiento homosexual. Un año después fundó el Comité Científico Humanitario, la primera organización cuyo fin era acabar con las discriminaciones legales y la intolerancia contra las personas homosexuales a todos los niveles en Berlín, que se prolongo hasta la llegada de los nazis al poder. 1902: Se funda en Alemania la Comunidad de los Especiales, por inspiración de Benedict Friedländer, asociación que promovía una línea cultural. Desde 1896 editó una publicación cultural Der Eigene (Lo Especial).

1904: En el hotel Pinz Albrecht de Berlín, el 8 de octubre, tiene lugar el encuentro anual del Comité Científico Humanitario con la participación del movimiento feminista en la causa homosexual.

1919: Producida la primera película sobre la liberación gay, Anders ais di Andern (Distinto de los otros) por Richard Oswald con la ayuda de Hirschfeld.

1933: Fue asaltado el Instituto de Ciencias Sexuales, donde tenía su sede y centro de documentación el Comité Científico Humanitario. Todo el archivo documental, fondo bibliográfico y fotográfico fue quemado. Las tropas y afiliados de las temidas S.S. iniciaron una persecución sistemática de personas, lugares de ocio, asociaciones, etc. Cuyo apogeo sería la detención sistemática, castración, internamiento y exterminio de los homosexuales en los campos de concentración.

1968: En mayo se produce una revuelta estudiantil en París que propugna, entre otras cosas, la liberación sexual y que será caldo de cultivo para el FHAR (Front Homosexuel d'Action Revolutionnaire).

1969: En el bar Stonewall Inn de Nueva York se produce, el 28 de junio, una revuelta provocada por el hartazgo que habían causado las sucesivas redadas en bares de ambiente gay. Uno de los detenidos, al intentar escapar, muere en un accidente. La revuelta da lugar al grupo Gay Liberation Front.

Assim, aos poucos, os homossexuais vão suprimindo seus "temores internos" e se reorganizam para pleitear seus direitos. O reconhecimento do "Dia Internacional do Orgulho Gay"³²⁰ deu-se a partir do conhecido "levante de Stonewall"³²¹, e apesar de ter ocorrido nos Estados Unidos da América, foi de grande importância para o movimento homossexual brasileiro, já que este tem grande influência e inspiração no movimento estadunidense.

Nesta época, no Brasil, afundado em uma ditadura militar, com fortes repressões política e moral, apesar da circulação das ideias dos movimentos de 68 e da contracultura, já se arquitetava um movimento político, cujo objetivo era lutar em prol das minorias sexuais³²².

³¹⁹ Referente à luta pelos direitos dos homossexuais nos Estados Unidos, é interessante salientar o recente filme do Diretor Gus Van Sant, sobre a vida de um importante ícone, lutador, político e herói do movimento homossexual americano.

Em 1977, Harvey Bernard Milk foi eleito conselheiro da prefeitura de San Francisco, tornando-se o primeiro homossexual assumido a ocupar um cargo público nos Estados Unidos. Isso, não só significou uma vitória para os direitos dos homossexuais; ao criar coalizões com grupos de todas as idades e classes sociais conseguiu mudar a imagem do defensor dos direitos civis.

Em, 1978, morreu assassinado por Dan White, um ex-policial e veterano do Vietnã e também recém eleito conselheiro da prefeitura de San Francisco.

Ver Anexo H. MILK (filme). Gus Van Sant (direção). Dust Lance Black (roteito). Sean Pen, Emile Hirsch, Josh Brolin, Diego Luna, James Franco, Alisson Pill (intérpretes). Estados Unidos, 2008. 128 min. Som. Cores. Dan Jinks e Bruce Cohen (produtores).

³²⁰ Segundo Cruz (2009, p. 198): Coincidentemente, o "Dia do Orgulho Gay" caía na data do falecimento de Judy Garland, ícone máximo da comunidade gay, que, no filme "*O Mágico de Oz*" sonhava com um mundo melhor, além do arco-íris:

Somewhere, over the rainbow, way up high,
There's a land that I heard of once in a lullaby.
Somewhere, over the rainbow, skies are blue,
And the dreams that you dare to dream really do come true.

³²¹ O "levante de Stonewall" foi um conjunto de episódios de conflito violento entre gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais e a polícia de Nova Iorque que se iniciou com uma batida policial em 28 de junho de 1969 – data que se consagrou como símbolo de luta e resistência LGBT. Stonewall é reconhecido como o evento catalizador dos modernos movimentos em defesa dos direitos civis de LGBTs. O acontecimento foi um marco por ter sido a primeira vez que um grande número de LGBTs se uniu para resistir aos maus tratos da polícia e é hoje considerado como o evento que deu origem aos movimentos de celebração do orgulho gay. Era um início de um movimento das minorias que, a partir da década de 70, começa a se fortalecer e tomar formas, a fim de lutar pela dignidade e pelo respeito às diferenças.

³²² Na opinião de Green (2000, p. 454-456): [...] Parece claro que se o governo militar não tivesse deslançado uma onda de repressão, ampliado a censura e restringido os direitos democráticos em fins de 1968 com a imposição do AI-5 além de outras medidas, um movimento politizado pelos direitos de gays e lésbicas possivelmente teria surgido já no início dos anos 70. Um movimento como esse desenvolveu-se na Argentina com a fundação do Nuestro Mundo, em novembro de 1969, e da Frente de Liberação Homossexual Argentina, em 1971. De forma similar, grupos de gays e lésbicas foram formados no México e em Porto Rico, dois outros países semi-industrializados e semiurbanizados, no mesmo período [...] Certamente, as condições estavam amadurecidas no Brasil já no fim dos anos 60 para que ocorressem desenvolvimentos similares. A urbanização, a modernização e a industrialização haviam contribuído para a formação de subculturas vibrantes no Rio, em São Paulo e nas outras principais cidades. A sociabilidade homoerótica ocorria em inúmeros lugares, desde espaços públicos, desde parques, cinemas e outras áreas hoje chamadas pela subcultura de "pegação", até comércio, bares e casas noturnas dirigidas ao público gay. O processo de formação de identidades distintas dentro dessas subculturas inclui inúmeras expressões culturais, entre elas a publicação de jornais caseiros, uma presença cada

O próprio Movimento Feminista muito auxiliou, ou seja, advertiu o caminho para o incipiente Movimento GLBT se formar e se fortalecer como uma causa que merecesse atenção e, sobretudo, políticas públicas específicas para esta fração populacional. As feministas ajudaram a reduzir o preconceito contra o movimento homossexual, pois reivindicavam o direito ao prazer sexual como forma de bem estar psíquico. Era uma reorganização social que fomentava novas formas de conjugalidade e modelos de família, confrontando com os dogmas religiosos que pregavam o relacionamento sexual somente voltado para a procriação. Esta conjuntura favorecia a emergência do movimento homossexual e o aumento de sua visibilidade junto à sociedade.

Neste sentido afirma Green (2000, p. 394-395):

O desafio das feministas ao patriarcado, à rigidez dos papéis de gênero e aos costumes sexuais tradicionais desencadeou uma discussão na sociedade brasileira que convergiu com as questões levantadas pelo movimento gay a partir de 1978. Ativistas gays e muitas feministas viram uns aos outros como aliados naturais contra o sexismo e uma cultura dominada pelo machismo [...]. Como as feministas, os homossexuais aproveitaram o mesmo "espaço de oportunidade" no intuito de lançar as fundações para a construção de um movimento gay. Em 1978, um pequeno grupo de intelectuais do Rio de Janeiro e de São Paulo fundou o *Lampião da Esquina*, um tablóide mensal de ampla circulação dirigido ao público gay. Muitos meses depois, um grupo de homens em São Paulo formou o Somos, a primeira organização pelos direitos gays do país.

Há quase que um consenso de que o início do movimento homossexual brasileiro adveio nas páginas do jornal *Lampião da Esquina*³²³, publicado pela primeira vez em abril de 1978, na cidade do Rio de Janeiro. Esse jornal foi a primeira publicação a contar com grande tiragem – dez mil exemplares já no primeiro número – e também a que primeiro se apresentou como porta-voz do movimento.

Afirma Santos (2007, p.124-125):

vez mais visível nas celebrações do carnaval e uma infinidade de outras manifestações de interações coletivas. Além disso, apesar da censura governamental, as influências contraculturais que permearam os movimentos de jovens e estudantes nos anos 60 propiciaram uma discussão limitada na sociedade e na mídia sobre a sexualidade, os papéis de gênero e a homossexualidade. Mesmo com as medidas repressivas exacerbadas dos militares, algumas publicações no início dos anos 70 conseguiram escrever sobre o "Gay Power" e sugerir caminhos para a organização política dos homossexuais. Quando o regime militar resolveu evitar uma explosão social ao implementar um processo de liberalização política "lento e gradual" em meados dos anos 70, alguns grupos imediatamente se reuniram para questionar as noções hegemônicas da homossexualidade, que a consideravam um comportamento pervertido e doentio. Embora os grupos que se formaram de fins dos anos 70 em diante não evoluíssem para movimentos de massa, conseguiram provocar debates nacionais sobre temas como parceria civil, discriminação e violência social contra homossexuais.

³²³ O conflito de ideias entre seus dirigentes, bem como dificuldades financeiras para manter o padrão do jornal e sua elevada tiragem, além de outras divergências menores, resultou no fim do *Lampião da Esquina* em 1981. Ver também anexo I – imagem do jornal *Lampião*.

Nesse contexto de contestação ao *status quo* surge o jornal *Lampião da Esquina*, um dos expoentes da chamada imprensa “nanica”. Ao criticar o autoritarismo presente tanto nas instituições políticas como na própria sociedade, o *Lampião* levantou a questão da homossexualidade em seus aspectos político, existencial e cultural (MacRae, 1992). Esse jornal converteu-se no grande divulgador das idéias propostas pelo Somos e outros grupos do incipiente movimento homossexual, embora esta relação, entre o jornal e os grupos de militância, não tenha ocorrido sem conflitos (MacRae, 1990).

Segundo Facchini (2005, p. 88):

O movimento homossexual surgiu, no Brasil, no final dos anos 1970, definindo seu projeto de politização da questão da homossexualidade em contraste com as alternativas presentes no “gueto” e em algumas associações existentes no período anterior ao seu surgimento. Essas associações, apesar de reunirem homossexuais, possuíam uma atuação qualificada pelos militantes como “não politizada”, por estar exclusivamente voltada para a “sociabilidade”. Essas primeiras formas de associação de homossexuais, especialmente o jornal *O Snob* (1963-1969) e a Associação Brasileira de Imprensa Gay (1967-1968), são mencionadas nos trabalhos de MacRae (1985) e Green (1998 e 2000).

A distensão política do governo Ernesto Geisel, ocasionou menor repressão aos movimentos sociais e o retorno de diversos intelectuais ao nosso país, trazendo influências do contato que haviam tido com novas tendências de manifestações populares e exteriorização de demandas existentes na Europa e nos Estados Unidos da América.

Entretanto, assegura Fry (1986, p. 21) que:

Apesar do abrandamento da censura e do fato de a homossexualidade nem sequer ser mencionada no Código Penal Brasileiro, em 1979 instaurou-se um inquérito policial contra os editores do *Lampião*, que seriam acusados de infringir a Lei de Imprensa por contrariar a “moral e os bons costumes”. Anteriormente, fora processado outro jornalista, Celso Curi, que escrevia regularmente no jornal *última hora*, de São Paulo, a “Coluna do Meio”, espaço reservado para fofocas e informações sobre o meio homossexual.

Neste período, o movimento homossexual passou a empregar o slogan “O privado é político”, e discussões até então consideradas da esfera privada – como as relativas aos papéis sociais feminino e masculino e à mulher ter a liberdade de usar seu corpo como fonte de prazer e não somente como campo fértil de perpetuação da espécie – surgiram na arena política. As identidades hegemônicas passam a ser questionadas. Contrapondo-se a alguns aspectos da cultura dominante, apresentava-se uma contracultura que solapava a moralidade e o etnocentrismo que impõe padrões morais e sociais às minorias sexuais.

A pluralidade social, que extrapola a origem de classe, evidenciou-se em novos movimentos sociais, que passaram a apresentar demandas e insatisfações de mulheres, de

índios, de negros e de homossexuais que exigem ser respeitados como sujeitos, como cidadãos.

Segundo Amich (2007, p. 208):

La progresiva organización y visibilidad de los conocidos y autodenominados grupos de liberación homosexual (*gay liberation group*) introduce una nueva dimensión, la publicidad de un contra-discurso: inseridos en movimientos sociales más amplios, cuestionadores del *status quo* en los años sesenta, y más específicamente, deudores de los movimientos feministas de segunda ola, las organizaciones homosexuales intentan presionar a la sociedad para lograr una mudanza en las concepciones que ésta tiene sobre el tema. Se pretende demostrar que la homosexualidad es una pulsión reprimida, individual y socialmente, que no merece tal represión. Muchos grupos abogarán así tanto por una liberación personal como por una liberación social, siendo imprescindible para conseguir la segunda, lograr la primera. Es decir, primero parecía necesario y exigible el autoconocimiento y la identificación con otras personas, a través de la “salida del armario”, para después articular un discurso común. Así, las reivindicaciones se movían en un ámbito emocional, de petición de reconocimiento y cambios en la mentalidad social, que, sólo eventualmente, tenía repercusiones en la solicitud de derechos específicos.

Surge, em 1978, o primeiro grupo reconhecido na bibliografia como tendo uma proposta de politização da questão da homossexualidade: o SOMOS³²⁴ de São Paulo. Na opinião de Facchini (2005, p. 93):

É importante esclarecer, desde já, que esse grupo adquiriu grande notoriedade e visibilidade do ponto de vista histórico, não só por ter sido o primeiro grupo brasileiro, por ter tido uma atuação importante ou por ter se constituído enquanto uma experiência marcante na vida das centenas de pessoas que passaram por suas atividades. O fato de que MacRae (1985, publicado em 1990) e Trevisan (1986) tenham publicado materiais bastante detalhados sobre esse grupo, documentando suas atividades e examinando seu ideário e os conflitos entre seus participantes, contribuiu para que o estilo de militância do Somos se tornasse um modelo, tanto para outras organizações como para pesquisadores do tema [...].

Segundo Santos (2007, p. 125):

³²⁴ O grupo SOMOS, mesmo tendo sido fundado, após o Lâmpião de Esquina, representa, juntamente com este, o mito de origem do movimento homossexual em São Paulo e no Brasil em 1978. Neste diapasão, interessante observar que, na ocasião o movimento social se definia genericamente como MHB, Movimento Homossexual Brasileiro. Em 1993 o movimento passa a ser referenciado como MGL, Movimento de Gays e Lésbicas e em 1995 é GLT, em referência a Gays, Lésbicas e Travestis. A partir de 1999, o movimento passa a ser definido pela sigla GLBT, indicando em sua composição os segmentos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Apesar de se fortalecer enquanto movimento único, a organização política da comunidade GLBT é bastante plural, há organizações mistas – como é caso da ABGLT – e específicas, como a Associação Brasileira de Gays (ABRAGAY), a Associação Brasileira de Lésbicas (ABL) e a Liga Brasileira de Lésbicas (LBL). As travestis também dispõem de espaço de articulação autônomo, a Associação Nacional das Transgêneros (ANTRA), o mesmo ocorre para homens e mulheres que vivenciam a transexualidade, através da articulação do Coletivo Nacional de Transexuais (CNT). Recentemente também se articularam pessoas afrodescendentes, através da Rede Afro GLBT e jovens, através da Rede E-Jovem.

Devido ao discurso fortemente antiautoritário dos movimentos sociais do período, o Estado era considerado o principal inimigo na luta pela democracia, e o movimento homossexual teve, nesse sentido, uma participação efetiva. Visto que os canais convencionais de interlocução entre Estado e sociedade encontravam-se fechados, a ação do grupo Somos esteve muito voltada para o trabalho de conscientização de seus membros e de setores progressistas da sociedade. O grupo participou de vários eventos em universidades e em manifestações de contorno mais propriamente “político”, como o 1º de Maio de 1980, em São Bernardo do Campo, o que comprova o esforço do grupo em divulgar a causa homossexual.

Num segundo momento³²⁵, surge em 1980, o Grupo Gay da Bahia, este grupo merece destaque – ainda está atuante e tem protagonizado conquistas muito importantes para o movimento. Fundado por iniciativa do antropólogo Luiz Mott, o Grupo Gay da Bahia (GGB) foi o primeiro a registrar-se como sociedade civil sem fins lucrativos em 1983, e, em, 1987, foi declarado de utilidade pública pela Câmara Municipal de Salvador-BA.

Segundo Mott (2006, p. 512):

Em 1980 fundamos o Grupo Gay da Bahia, o mais antigo e atuante na América Latina. 1985 representou uma data fundamental na cidadania homossexual em nosso país[...] quando o Conselho Federal de Medicina retirou o “homossexualismo” da condição de “desvio e transtorno sexual”. Em 1990, outra conquista crucial: em Salvador, por iniciativa do Grupo Gay da Bahia, pela primeira vez em toda a história continental, é aprovada Lei Orgânica Municipal proibindo a discriminação baseada na orientação sexual, exemplo seguido por 74 municípios de norte a sul do país e por três constituições estaduais, de Mato Grosso, Sergipe e Distrito Federal [...]

Na opinião de Trevisan (2002, p. 367-368):

[...] poucos grupos homossexuais liberacionistas destacaram-se para além das convencionais cartas de protesto, abaixo-assinados, participação em atos públicos e passeatas de público reduzido, com faixas e *slogans* geralmente redundantes. O já citado Grupo Gay da Bahia, por exemplo, começou a liderar, desde 1981, uma campanha nacional para que o Ministério da Saúde não mais adotasse o Código 302.0 da Classificação Internacional de Doenças, debaixo do qual se incluía o homossexualismo como “desvio e transtorno sexual”. A campanha recebeu o apoio de entidades como a Associação Brasileira de Psiquiatria e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), além de numerosas personalidades e de 353 parlamentares de todo o país. O debate chegou inclusive à Assembleia Legislativa de São Paulo, onde a deputada Ruth Escobar, autora da vitoriosa moção de

³²⁵ Neste contexto, afirma Ramos (2006, p. 187): Uma das características desse novo período são a diversificação e especificação crescentes das categorias identitárias abarcadas pelo movimento, em um modelo que, inspirado na experiência internacional, especialmente na norte-americana, é definido por Facchini como “segregacionista”. Efetivamente, os nomes de encontros nacionais de entidades homossexuais ao longo dos anos 80 e 90 expressam a diversidade de siglas, multiplicadas para acomodar as diferentes expressões identitárias produzidas através de um processo contínuo de segmentação.

Assim, se os seis primeiros encontros (1980-1992) foram chamados de Encontros Brasileiros de Homossexuais, o sétimo (1993) passou a se chamar de Encontro Brasileiro de Lésbicas e Homossexuais; o oitavo, de Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas; o nono (1997) intitulou-se Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis. Depois disso, até o XII Encontro, realizado nas dependências do Congresso Nacional, em 2005, os encontros foram designados como Encontros Brasileiros de Gays, Lésbicas e Transgêneros.

aprovação ao documento do GGB, sofreu violento ataque de setores conservadores e chegou a desmaiar no auge dos debates parlamentares. No começo de 1985, e certamente em função das pressões, o Conselho Federal de Medicina finalmente acedeu, passando o homossexualismo para o Código 206.9, debaixo da denominação "outras circunstâncias psicossociais" — juntamente com o desemprego, desajustamento social e tensões psicológicas; a existência desse novo Código seria aparentemente apenas para efeito de controle estatístico do Inamps, quando do atendimento médico previdenciário. O GGB passou a publicar também um boletim periódico, inovador na maneira de informar e denunciar sistematicamente assassinatos e perseguição a homossexuais no país.

O surgimento da AIDS, nos anos 80, causou graves efeitos no mundo homossexual e em seus movimentos sociais. Assim, não só no Brasil como por todo o mundo, a aparição da AIDS foi o acontecimento mais impactante para o mundo homossexual. No meio do desconhecimento total do que se tratava, o fato de essa síndrome manifestar-se, inicialmente, em homossexuais deu a ela, rapidamente, o nome de peste gay, e não faltou quem atribuísse a doença a um “castigo divino” pelos “pecados” cometidos pelos homossexuais.

Segundo Abreu (2006, ?) :

Aí começaram as confusões. A pseudotolerância conquistada nos últimos anos pelos movimentos de liberação homossexual desabou num instantinho. Eu já ouvi — e você certamente também — dezenas de vezes frases tipo “bicha tem mesmo é que morrer de aids”. Ou propostas para afastar homossexuais da “sociedade sadia” — em campos de concentração, suponho. Como nos velhos e bons tempos de Auschwitz? Tudo para o “bem da família”, porque afinal — e eles adoram esse argumento — “o que será do futuro de nossas pobres criancinhas?” Só que homossexualidade não existe, nunca existiu. Existe sexualidade — voltada para um objeto qualquer de desejo. Que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe. Mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade. (É curioso, e revelador, observar que quando Gore Vidal vem ao Brasil, toda a imprensa se refere a ele como “o escritor homossexual” mas estou certo que se viesse, por exemplo, Norman Mailer, ninguém falaria do “escritor heterossexual”).

A partir de então, passou a existir uma aliança entre os órgãos de saúde e, os ativistas homossexuais que decidiram se expor, apesar do aumento do preconceito. Era interessante para os agentes de saúde, pois poderiam contar com uma militância ativa e com conhecimento da subcultura homossexual, lugares onde os agentes não tinham acesso nem sabiam exatamente como agir. E, para os movimentos, a ajuda financeira do Estado, no custeio de gastos com auxílio aos doentes foi muito importante. Entretanto, isto fez com que o foco dos movimentos homossexuais passasse a ser predominantemente a AIDS: nesse período, a grande maioria das Organizações não Governamentais – ONGs homossexuais definiam-se como entidades cujo objetivo era o de prevenção e auxílio aos infectados.

Trevisan (2002, p. 366-372) coloca-se totalmente contra esta sujeição e acha que um dos maiores problemas do movimento é este atrelamento quase que exclusivo à AIDS, defendendo a autonomia do movimento tanto em relação aos partidos políticos quanto ao Estado. Entretanto, é inegável o sucesso desta política conjunta, que findou com a heterossexualização da doença – não que isto seja bom, mas significa que os homossexuais passaram a se prevenir, havendo uma desaceleração do número de novos casos entre os homens, em geral, e homens homossexuais, em particular.

De acordo com Parker (apud FACCHINI, 2005, p.159):

As respostas políticas à epidemia, até então, poderiam ser divididas em quatro períodos: 1) entre 1982 e 1985, período em que o país passa da abertura à "redemocratização", caracterizado pela notificação dos primeiros casos de Aids, criação do programa de Aids do Estado de São Paulo, grande onda de pânico e preconceito, somada à omissão por parte das autoridades governamentais e fundação das primeiras ONGs/Aids; 2) entre 1986 e 1990, durante o governo Sarney, quando é criada uma resposta em nível federal, Lair Guerra coordena o programa de Aids, há um aumento da cooperação internacional e do número de ONGs/Aids, e começam a ser mobilizadas as pessoas com HIV/Aids; 3) entre 1990 e 1992, durante o governo Collor, quando Alcení Guerra assume o Ministério da Saúde e Eduardo Corrêa, o Programa Nacional de Aids, vários elementos-chave do programa são suspensos e há relações de conflito com setores da sociedade civil e órgãos internacionais, como o Programa Global de Aids da Organização Mundial de Saúde; 4) entre 1992 e 1997, após o *impeachment* de Collor, quando Lair Guerra volta à coordenação do programa, onde permanece até 1996, e há toda uma ação e espírito de colaboração no sentido de rever os resultados desastrosos da administração anterior, passando a haver maior colaboração entre sociedade civil e Estado.

Contudo, cabe ressaltar que, o foco de parte do movimento homossexual saiu da exclusividade de prevenção da AIDS e suporte às vítimas da doença, para a luta pelos direitos mais amplos dos homossexuais.

Segundo Facchini (2005), a fundação do grupo Triângulo Rosa, em 1985, marca um novo momento do movimento homossexual nacional: dialogar com a sociedade, com instâncias jurídicas e políticas e com entidades e instituições – como a Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a fim de reivindicar direitos e reconhecimento social, jurídico e político dos homossexuais.

Ainda segundo Facchini (2005), estes contatos e esta nova fase do movimento culminaram, no período, com a reivindicação para a inclusão do termo orientação sexual no art. 3º, inciso IV do texto constitucional em criação na então Assembléia Constituinte que redigiu a Constituição Federal de 1988, que conforme já abordado no capítulo anterior, devido à resistência das bancadas religiosas, não obtiveram sucesso; entretanto, o termo “quaisquer

outras formas de discriminação” foi incluído, o que, se não é o ideal, já serve de base para a reivindicação dos direitos dos homossexuais³²⁶.

Embora vencidos em sua reivindicação, os homossexuais colheram a vitória de ver suas demandas sistematicamente tratadas pelos meios de comunicação de maneira respeitosa, inserindo-se definitivamente nos trabalhos da constituinte no rol das minorias com o legítimo direito de reivindicar acesso pleno à cidadania³²⁷.

Nessa luta pela afirmação, é indispensável reconhecer a participação ativa de movimentos civis não governamentais, que se organizam cada vez mais em favor da conquista de direitos fundamentais desta minoria.

Nesse sentido, destacamos a representação feita pelo Grupo pela Livre Orientação Sexual (NUANCES) e Grupo Gay da Bahia (GGB), em 1999, junto ao Ministério Público Federal (Procuradoria da República do Estado do Rio Grande do Sul), que tinha por objetivo garantir a concessão pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) de benefícios previdenciários, especialmente pensão por morte e auxílio reclusão.

O INSS permaneceu estável no entendimento de que o princípio da legalidade estrita haveria de prevalecer, pois a leitura do artigo 16, § 3o, da lei n.º 8.213/91 não autorizava o alcance pretendido pela ONG (Organização Não Governamental), caso se adotasse uma interpretação literal, não admitindo qualquer acordo na esfera extrajudicial³²⁸.

Por sua vez, a Procuradoria da República, não resignada, ajuizou ação civil pública demandando a inscrição de companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes,

³²⁶ Neste sentido, cabe destacar que, em 1987, João Antônio Mascarenhas – um dos precursores do movimento GLBT brasileiro – foi o primeiro gay a ser convidado a falar no Congresso Nacional, podendo ser esta considerada uma das primeiras ações de incidência política no legislativo em prol dos GLBT no Brasil. Ele foi debater com os constituintes a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual na Constituição Federal, que estava para ser promulgada. Com 130 votos favoráveis e 317 contrários a proibição não foi incluída na Carta Magna.

Mesmo a Constituição de 1988 tendo consagrado os princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade, até hoje nenhuma Lei infraconstitucional voltada para a promoção da cidadania de GLBT foi aprovada no Congresso Nacional, como existe, por exemplo, contra o preconceito racial.

Cf.: BRASIL.Presidência da República .Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Direitos Humanos e Políticas Públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília, 2008. Disponível em: < <http://www1.direitoshumanos.gov.br/brasilem/ICnf/>>. Acesso em: 24 ago.10.

³²⁷ Neste contexto, ressalta Murillo (2005, p. 105): “La ciudadanía, además de un marco político de actuación, logra dotarse de un discurso de carácter vindicativo, mientras que los Derechos Humanos, al no comprometerse a un desarrollo legislativo, corren el riesgo —aunque de ningún modo lo pretendan— de estar más cerca de la protección— *versus* caridad— que de los principios de soberanía que todo individuo alcanza dentro del marco de un contrato social. A los individuos soberanos nadie les tiene que recordar sus derechos, son estos los que, en caso de ver vulnerados el cumplimiento de los mismos, pueden ejercer las acciones ciudadanas pertinentes”.

³²⁸ Cf.: APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.71.00.009347-0/RS. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/>>. Acesso em: 05 set. 2010.

até mesmo nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. A tese principal da ação girava em torno da necessidade do ajuste adequado ao alcance dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, num quadro atual de pluralismo e democracia³²⁹.

Dessa forma, assegura Cruz (2009, p. 199):

[...] a ação procurou estender a milhões de brasileiros(as) os direitos previdenciários que até então lhes eram negados, o que foi efetivamente reconhecido em histórica decisão tomada pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça). Importante destacar que essa decisão é demonstrativa de que o Poder Judiciário começa a assumir um novo papel, redesenhando suas funções no Estado Democrático de Direito. O exemplo da concepção e execução de ações afirmativas da América é pungente e deve ser tido como parâmetro mesmo num país ainda econômica e socialmente atrasado como o Brasil.

E preciso que se reconheça, como afirma Neves, que o Brasil possui dois tipos de indivíduos: um *sobre-cidadão*, inteiramente integrado aos benefícios que o sistema social produz; e o *sub-cidadão*, que depende desse sistema, mas que é rejeitado por ele[...] o afastamento de concepções silogísticas e mecânicas, com interpretações literais e declarativas, ou o emprego de técnicas arcaicas como a procura da vontade da lei devem ser rapidamente revistas [...] O exame crítico de pré-conceitos impostos por nossa tradição e educação formais é indispensável para que milhões de pessoas sejam reconhecidas como cidadãos, de forma a que se lhes permita gozar plenamente sua autonomia pública e privada, garantidas pela Constituição.

A partir de então, surgiram novas conquistas do movimento e, conforme verificado no capítulo anterior, em algumas Constituições Estaduais e em diversas Leis Orgânicas de Municípios espalhados por todo o país, há a expressa vedação da discriminação por orientação sexual, o que é uma clara demonstração da evidência do movimento homossexual.

Neste contexto, assegura Ramos (2006, p. 198-199):

O movimento homossexual tem pela frente um dilema político que exigirá cuidados. Se, por um lado, a representação coletiva dos homossexuais como “vítimas” da homofobia encontra suporte nas pesquisas sobre violência, também é fato que as experiências são fortemente matizadas por sexo, identidade sexual, idade, classe e cor [...] Por outro lado, as respostas para as dinâmicas de discriminação na esfera da família e círculos de amizade demandam não só campanhas específicas de informação e mobilização, mas atendimento individual às vítimas, por meio de uma rede de apoio e proteção, nos moldes da experiência do movimento de mulheres em relação à violência de gênero [...] Por último, um dos dilemas atuais pode ser resumido em: exigir respeito, mas não perder a irreverência GLBT e a afirmação da sexualidade; demandar a criminalização da homofobia, mas não a regulação da diversidade sexual [...].

Finalmente, podemos concluir que a construção da cidadania, baseada na tolerância³³⁰ e no reconhecimento da diversidade, enfrentando o dilema entre “cidadania” e

³²⁹ *Ibidem*.

“orgulho/afirmação de diferenças essenciais e estanques”, parece ser o desafio colocado atualmente para o Movimento Homossexual Brasileiro, pois já dizia Pasolini (1983, p. 168) que o tabu da homossexualidade é um dos mais sólidos ferrolhos morais das sociedades pós-industriais, com base em velhos e novos argumentos³³¹.

4.4 AS AÇÕES GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação³³², em outubro de 2001, foi uma das primeiras medidas adotadas pelo governo brasileiro para implementação das recomendações oriundas da Conferência de Durban. Entre as vertentes temáticas tratadas pelo CNCD está o combate à discriminação com base na orientação sexual³³³.

³³⁰ Afirma Bobbio (2004, p. 206) que: [...]. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, lingüísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de "diferentes", como, por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes [...] Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da conseqüente discriminação.

Também no mesmo contexto, ressalta Lima Torrado (2007, p. 317): Es preciso, ante todo, partir de una idéia fundamental señalada, certamente, por algunos autores, como Bobbio y Etxebarria: el concepto histórico de tolerancia ha ampliado hoy su significado para referirse a cuestiones de naturaleza distinta a los que hacía referencia en su origen europeo, vinculado, como es sabido, a las guerras de religión. hoy se refiere esencialmente a los derechos de las minorias étnicas, al derecho a la igualdad de la población migrante y de las minorías, y al derecho a la diferencia.

³³¹ É importante observar que, a Islândia deu um grande passo no sentido de abrir esse grande ferrolho moral, tornando-se o primeiro país a ser governado por uma homossexual assumida. A coalizão que governa a Islândia anunciou em 01.02.2009, que escolheu uma homossexual assumida para o cargo de primeiro-ministro. Com isso, o país passa a ser o primeiro na história a ser governado por uma pessoa assumidamente com tal orientação sexual. Segundo analistas, a indicação de Sigurdardottir representa um feito histórico no movimento pelos direitos dos homossexuais.

³³² BRASIL. DECRETO nº 3.952 de 04 de outubro de 2001. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec3952.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2010.

³³³ Ressaltamos que, em 2005, o Decreto nº 5.397/2005, revogou o Decreto nº 3.952, de 4 de outubro de 2001, o qual dispunha sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação; por isso, ele mesmo dispõe sobre a composição, competência e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD, trazendo uma substancial mudança ao incluir entre seus integrantes membros de ONGs e entidade do segmento GLBT:

Art. 2º O CNCD será integrado:

[...]

III – quinze representantes de entidades e organizações não governamentais das populações negra, indígena e do segmento de “Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais – GLBT.

Posteriormente, em maio de 2002, o então presidente Fernando Henrique Cardoso se comprometeu, durante o lançamento da segunda edição do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 2– que contém medida de proteção dos direitos humanos de gays e lésbicas³³⁴, em apoiar o projeto de união civil de autoria da ex-deputada Marta Suplicy.

Neste contexto, destaca Cruz (2009, p. 205):

[...] não podemos nos esquecer de que, em 13 de maio de 2002, assistimos, pela primeira vez na história do Brasil, a um Presidente da República defender oficialmente os direitos dos homossexuais. O fato se deu no lançamento do segundo Plano Nacional dos Direitos Humanos (PNDH 2), o Decreto Federal nº 4.229[...] Sem dúvida, um avanço. Todavia, lamentamos que o Presidente Fernando Henrique Cardoso tenha se pronunciado apenas no final de seu mandato, deixando de fazê-lo em duas campanhas eleitorais e em sete anos e meio de governo.

Vale também destacar que, em 2003, criou-se uma Comissão temática permanente para receber denúncias de violações de direitos humanos, com base na orientação sexual, e em novembro de 2003, o CNCD criou um Grupo de Trabalho destinado a elaborar o Programa Brasileiro de Combate à Violência e à Discriminação a Gays, Lésbicas, Travestis, Transgêneros e Bissexuais (GLTB) e de Promoção da Cidadania Homossexual, que tem como objetivo prevenir e reprimir a discriminação com base na orientação sexual, garantindo ao segmento GLTB o pleno exercício de seus direitos humanos fundamentais.

Também em outubro de 2003, foi lançada a Frente Parlamentar pela Livre Expressão Sexual, com o objetivo de agilizar a tramitação de Projetos de Lei do interesse dos homossexuais, e tudo isso culminou com o lançamento, em 24 de maio de 2004, do programa “Brasil sem Homofobia”. A partir de então, o combate à homofobia e a promoção dos direitos dos homossexuais passou a ser política de Estado.

Denominado “Brasil sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual”, o programa em questão, foi desenvolvido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, órgão vinculado à Presidência da República, em parceria com o Movimento Homossexual Brasileiro, hoje denominado de Movimento LGBTTT. Sua criação foi uma das reivindicações do Movimento LGBTTT junto ao

Cf. BRASIL. DECRETO Nº 5.397, DE 22 DE MARÇO DE 2005. DOU 23.03.2005. Dispõe sobre a composição, competência e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD. Disponível em:< <http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

³³⁴ Dentre as propostas acolhidas pelo plano, estão: a) Proposta de emenda constitucional que proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual; b) Exclusão do termo "pederastia" do Código Penal Militar; c) Inclusão, nos censos demográficos e nas pesquisas oficiais, de dados relativos à orientação sexual; d) Promoção de campanha junto a operadores do Direito e a profissionais de saúde, bem como o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade homossexual, dentre outras.

Estado, visando a garantir a cidadania da comunidade LGBTT no Brasil através da criação de políticas afirmativas dos direitos dos homossexuais.

Em sua introdução, o documento, enumera as diferentes ações constitutivas para atingir seu objetivo e os princípios do programa³³⁵.

Em seguida, na justificativa, recorda que no Brasil assistimos desde a década de 1980, a um revigoramento da luta pelos direitos humanos de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais (GLTB), e que associações e grupos ativistas se multiplicam pelo País. Neste sentido, destaca que, a coragem do ativismo vem se expressando em diferentes momentos e eventos comemorativos, como é o caso do Dia Mundial do Orgulho GLTB e da realização das Paradas do Orgulho GLTB³³⁶ que movimentam milhões de pessoas em todo o País. “Esses

³³⁵ Para atingir seu objetivo, o Programa é constituído de diferentes ações voltadas para:

- a) apoio a projetos de fortalecimento de instituições públicas e não governamentais que atuam na promoção da cidadania homossexual e/ou no combate à homofobia;
- b) capacitação de profissionais e representantes do movimento homossexual que atuam na defesa de direitos humanos;
- c) disseminação de informações sobre direitos, de promoção da autoestima homossexual; e
- d) incentivo à denúncia de violações dos direitos humanos do segmento GLTB.

O Programa Brasil Sem Homofobia possui como princípios:

- A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias.
- A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta.
- A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.

Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p.11-12.

³³⁶ Com efeito, durante a década de 1990, e nestes quase onze anos da década de 2000, a questão homossexual passou a ser amplamente discutida no Brasil. As chamadas “Paradas do Orgulho Gay” espalharam-se pelo país, sendo que a principal delas, a de São Paulo, é hoje uma das maiores do mundo – talvez a maior, chegando, em 2008, a atrair, segundo os organizadores, 3,4 milhões de pessoas. Ademais o conceito de paradas gays também se transformou. Neste sentido, veja-se, por exemplo, a pequena cidade de Itabaiana, localizada no interior da Paraíba, com população estimada em 24.278 habitantes: há três anos vem revolucionando o conceito de paradas gays. Durante um ano, a cidade registrou 1100 vítimas de violências domésticas e sociais por assumir uma identidade sexual diferente da heterossexual, segundo dados do grupo Gayreiros do Vale do Paraíba. Pelos destratos e diante dos 33 casos de Aids somente na cidade, o grupo se uniu e criou uma parada com conscientização política. Com o Centro de Referência de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis (LGBTT) e diante dos dados que o grupo do Vale levantou ao longo de um ano, foi feito um trabalho com psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e advogados. Todas as vítimas encaminharam seus problemas para a Justiça ou para a Polícia. O grupo também cobrou soluções das secretarias de ação social e de educação do município. “Sempre há casos de violência contra os estudantes que se assumem gays. Isso é um fato, então envolvemos a sociedade como um todo para dar soluções e entender melhor todos os tipos de sexualidade existentes em qualquer lugar”, disse o tesoureiro. Todas as ações praticadas pelo grupo, há cinco anos, têm respaldo do Ministério da Cultura (Minc), da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), da Presidência da República, através do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde, através do programa nacional de DST/Hiv/Aids, Organização das Nações Unidas, França e Unesco. Segundo Walmir, o grupo é militante por

eventos, especialmente, devem, com justiça, ser considerados como as mais extraordinárias manifestações políticas de massa desse início de milênio no Brasil”³³⁷.

Trabalhando em áreas como a saúde, a educação e a justiça, os homossexuais brasileiros organizados têm encarado a histórica situação de discriminação e marginalização em que foram colocados no seio da sociedade brasileira, e apesar das vitórias obtidas nos últimos anos, em defesa dos seus direitos, o documento explicitamente reconhece que a sua crescente organização e visibilidade têm permitido avaliar com mais clareza a grave extensão da violação de seus direitos e garantias fundamentais.

Neste diapasão, o documento ressalta que:

A violência letal contra homossexuais – e mais especialmente contra travestis e transgêneros - é, sem dúvida, uma das faces mais trágicas da discriminação por orientação sexual ou homofobia no Brasil. Tal violência tem sido denunciada com bastante veemência pelo Movimento GLTB, por pesquisadores de diferentes universidades brasileiras e pelas organizações da sociedade civil, que têm procurado produzir dados de qualidade sobre essa situação. Com base em uma série de levantamentos feitos a partir de notícias sobre a violência contra homossexuais publicadas em jornais brasileiros, os dados divulgados pelo movimento homossexual são alarmantes, revelando que, nos últimos anos, centenas de gays, travestis e lésbicas foram assassinados no País. Para além da situação extrema do assassinato, muitas outras formas de violência vêm sendo apontadas, envolvendo familiares, vizinhos, colegas de trabalho ou de instituições públicas como a escola, as forças armadas, a justiça ou a polícia [...]³³⁸

E, finalizando a justificativa, o documento observa que ainda persistem grandes obstáculos na investigação de práticas de violência e discriminação que atingem gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais e, especialmente, na concretização de ações punitivas. Esse panorama tem sido também ressaltado por pesquisas cujos resultados assinalam para a perseverança nessa arena de concepções preconceituosas e equivocadas, que acabam por determinar um alto grau de impunidade, sobretudo quando tratam de violência cometida contra travestis e transgêneros. Em muitos casos, agentes de segurança da justiça e

acreditar nas causas justas e por querer defender as vítimas, além de assistenciar os doentes. Em cinco anos de atuação, eles descobriram a média de 240 soropositivos nas 21 cidades do Vale do Paraíba. O grupo aprovou 14 projetos em Cultura, Saúde e Educação. Disponível em: <<http://www.portalcorreio.com.br/jornalcorreio/matLer.asp?newsId=50217>>. Acesso em: 18 set. 2008.

³³⁷ Cf.: BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p.15.

³³⁸ Cf.: BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p.16-17.

de outros órgãos do Estado, a exemplo de grande parte de nossa sociedade, se mostram despreparados para lidar com a violência letal de que são vítimas os homossexuais³³⁹.

Nesta acepção, destaca Ramos (2005, p. 32):

Um dos aspectos que chama a atenção no rico material apresentado pelo documento é o fato de que, a despeito de constarem agendas relacionadas à saúde, educação, cultura, trabalho e emprego, o programa se estrutura em torno do eixo da violência (a "discriminação" e o "combate à homofobia"). De fato, o tema da *violência* foi estruturante de outras matrizes de identidades coletivas no Brasil, como ocorreu com o movimento de mulheres no final dos anos 70, que elegeu "*quem ama não mata*" como uma de suas bandeiras e definiu a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher como uma de suas principais reivindicações. Processo semelhante ocorreu com o movimento negro, que estabeleceu o racismo e sua criminalização como a principal trincheira de luta nos anos 80 e 90. Nos três casos, as "violências específicas" – misoginia, racismo e homofobia – aparecem como âncoras a partir das quais outras conquistas se estruturam e, sobretudo, procuram se legitimar.

O programa de ações é bastante amplo e audaz, além do mais, conta com várias estratégias nas seguintes esferas: articulação da política de promoção dos direitos de homossexuais; legislação e justiça; cooperação internacional; direito à segurança: combate à violência e à impunidade; direito à educação: promovendo valores de respeito à paz e à não discriminação por orientação sexual; direito à saúde: consolidando um atendimento e tratamentos igualitários³⁴⁰; direito ao trabalho: garantindo uma política de acesso e de promoção da não discriminação por orientação sexual; direito à cultura: construindo uma política de cultura de paz e valores de promoção da diversidade humana; política para a juventude; política para as mulheres, e política contra o racismo e a homofobia.

Neste contexto, podemos destacar as seguintes ações:

- criação do Programa Brasileiro de Combate à Discriminação e à Violência contra GLBT, traduzido em um conjunto de ações governamentais a serem executadas parcial ou integralmente pelo Governo Federal;
- apoio e estímulo a participação do segmento GLTB em mecanismos de controle social já existentes no Governo, desenvolvendo também estratégias específicas que

³³⁹ Cf.: BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p.18.

³⁴⁰ Neste sentido, com o objetivo de promover a saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, eliminando a discriminação e o preconceito institucional, contribuindo para a redução das desigualdades e para a consolidação do Sistema Único de Saúde – (SUS) como sistema universal, integral e equânime, o Ministério da Saúde apresentou em 2010, a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) para ser implementada no (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes de Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia.

viabilizem a criação e fortalecimento dos Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos Humanos e dos Fóruns GLBT;

- apoio e articulação das proposições no Parlamento Brasileiro que proíbam a discriminação decorrente de orientação sexual e promovam os direitos de homossexuais, de acordo com o Relatório do Comitê Nacional para a Preparação da Participação Brasileira na III Conferência Mundial das Nações Unidas Contra o Racismo e a Intolerância Correlata e com as resoluções do Conselho Nacional de Combate à Discriminação;
- apoio ao reconhecimento, por parte dos governos, dos órgãos públicos e de toda a sociedade, de que a discriminação em razão da orientação sexual caracteriza violação dos direitos fundamentais e de liberdade assegurados pela Constituição Federal, bem como pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Assim, o governo brasileiro, por meio do Itamaraty, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e demais órgãos pertinentes, realizará os esforços necessários para que o tema figure com destaque na agenda dos mecanismos dos sistemas de proteção de direitos humanos das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos;
- estímulo ao desenvolvimento e o apoio na implementação de políticas públicas de capacitação e de qualificação de policiais para o acolhimento, o atendimento e a investigação em caráter não discriminatório; a inclusão nas matrizes curriculares das Polícias e das Guardas Municipais do recorte de orientação sexual e do combate à homofobia nos eixos temáticos de direitos humanos; e a sistematização de casos de crimes de homofobia para possibilitar uma literatura criminal sobre o tema;
- fomento e apoio a curso de formação inicial e continuada de professores na área da sexualidade;
- desenvolvimento de estratégias para a elaboração e execução de estudos que permitam obter indicadores das condições sociais e de saúde da população GLTB;
- articulação, em parceria com o Ministério Público do Trabalho, a implementação de políticas de combate à discriminação a gays, lésbicas e travestis no ambiente de trabalho;
- apoio à realização de estudos e pesquisas na área dos direitos e da situação socioeconômica dos adolescentes GLTB, em parceria com agências internacionais de cooperação e com a sociedade civil organizada;

- implementação de Centros de Referência para mulheres em situação de violência, incluindo as lésbicas.

No que diz respeito a implantação, o programa define como atores o setor público, o setor privado e a sociedade brasileira como um todo. Instâncias essas que podem unir esforços na luta contra a discriminação por orientação sexual. Apesar de o Programa ter a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, como órgão responsável pela sua articulação, implantação e avaliação, a responsabilidade pelo combate à homofobia e pela promoção da cidadania de gays, lésbicas e transgêneros se desdobra a todos os órgãos públicos, federais, estaduais e municipais, assim como ao conjunto da sociedade brasileira.

O documento ainda assegura que um dos principais ganhos paralelos do Programa Brasil sem Homofobia é a definição de indicadores que possibilitem avaliar sistematicamente e oficialmente a situação dos homossexuais brasileiros, vítimas da homofobia em todos os seus ambientes. Com base de tais indicadores cuja definição será feita a posteriori, as ações previstas no Programa serão sistematicamente monitoradas e avaliadas.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação terá papel de suma importância nesse processo, uma vez que representa o coletivo da sociedade brasileira e é o responsável pelo controle das ações que visem à promoção da igualdade e o fim da discriminação em todas as suas vertentes, onde se inclui o combate à discriminação com base na orientação sexual.

O Programa Brasil Sem Homofobia também prevê avaliações anuais sendo que, ao final do segundo ano, terá lugar o processo de avaliação que envolverá organizações de defesa dos direitos de homossexuais e de defesa dos direitos humanos que, juntamente com o Governo Federal, definirá as bases para a sua continuidade.

Destarte, podemos afirmar que esse Programa, evidencia, de modo claro, à sociedade brasileira que, enquanto existirem cidadãos cujos direitos fundamentais não sejam respeitados por razões relativas à discriminação por orientação sexual, raça, etnia, idade, credo religioso ou opinião política, não se poderá afirmar que a sociedade brasileira seja justa, igualitária, plural e democrática.

Neste contexto, afirma Ramos (2006, p. 197-198) que:

Algumas das diretrizes do programa têm sido executadas, estreitando ainda mais a articulação entre Estado e sociedade civil. Em meados de 2005, a Secretaria Geral da Presidência da República lançou edital aberto a instituições públicas ou não governamentais para seleção de projetos de prevenção e combate à homofobia,

através da prestação de assessoria jurídica e psicossocial às vítimas, da orientação e encaminhamento de denúncias, da capacitação em direitos humanos e da mediação e conciliação de conflitos [...] Também em 2005, o Ministério da Educação lançou edital público para seleção de projetos de capacitação de profissionais de educação em temas relativos à orientação sexual e identidade de gênero [...] Desses projetos, 48 foram recomendados e 15 selecionados. Entre os selecionados, 12 foram propostos por organizações não governamentais, dos quais sete de grupos GLBT, dois por universidades e apenas um por um órgão governamental (secretaria municipal de Educação). Como se vê, a tendência do ministério é apoiar principalmente projetos propostos por grupos militantes e organizações não-governamentais.

Na luta para superar os objetivos comuns, o Programa contribui não só para a erradicação da Homofobia, mas contribui também para o enfrentamento de outros problemas de interesse público como a luta no combate ao HIV/AIDS e a violência urbana que não atinge somente as pessoas GLBT³⁴¹.

Trata-se de um projeto com muitas pretensões e apesar de ter sido lançado em 2004, boa parte da população brasileira o desconhece. Neste sentido, Gustavo Venturi³⁴², avalia o programa “Brasil sem Homofobia” como uma iniciativa sem antecedentes na esfera das políticas públicas – implementada no governo Lula pela Secretaria Especial de Direitos Humanos – que tem um objetivo bastante ousado, se considerarmos o retrato atual desse debate no Brasil. Mas era preciso começar e, como se diz, antes tarde do que mais tarde. Há muito a ser feito, inclusive a respeito da própria visibilidade do programa, conhecido por apenas 10% da população³⁴³.

Outra contribuição importante para o movimento, vem do Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006, que, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde – CNS, reserva uma cadeira para o movimento GLBT, dentre os movimentos sociais que cumprem os requisitos para tal representação.

³⁴¹ Neste sentido o programa explicitamente, assim dispõe: [...] E, para além da luta pelo reconhecimento de seus legítimos direitos civis, sociais e políticos, sua atuação tem se desdobrado em um notável engajamento no enfrentamento de graves problemas de interesse público, sendo casos exemplares de sua mobilização em torno da luta contra o HIV/AIDS no País e do combate à violência urbana. Em ambos os contextos, têm visto surgir uma eficiente parceria entre grupos GLTB e órgãos de saúde e de segurança pública municipais, estaduais e federais.

Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p.15.

³⁴² Gustavo Venturi é coordenador pesquisa intitulada Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, Intolerância e respeito às diferenças sexuais – uma realização da Fundação Perseu Abramo, em parceria com a Fundação alemã Rosa Luxemburg Stiftung, realizada em 2008 e apresentada, sua primeira parte, em janeiro de 2009, no Fórum Social Mundial, em Belém.

³⁴³ Cf. Entrevista: Gustavo Venturi - É preciso mobilização para um Brasil sem homofobia, publicado em 18/02/2009. Disponível em:< <http://www.fpa.org.br/node/4377>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

Entretanto, o maior marco positivo para discussão de problemáticas de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais através do tema “Direitos Humanos e Políticas Públicas: O caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)”, ocorreu em junho de 2008, na cidade de Brasília durante a I Conferência Nacional GLBT. O evento foi coordenado pela Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República.

Vale destacar que o caráter inédito e histórico desta iniciativa para a população GLBT, por ser ouvida e questionada em suas demandas políticas a partir de mobilizações de diversas instituições do governo e da sociedade civil. Foi o primeiro acontecimento dessa natureza no Brasil convocado a partir de Decreto presidencial, em 28 de novembro de 2007, tornando possível a realização dessa discussão pública que articulou diversos setores da sociedade brasileira.

Antecipando a Conferência Nacional, estados e municípios do país convocaram suas conferências nos quais foram escolhidos os delegados que participaram da etapa nacional e discutidas as principais demandas políticas de GLBT³⁴⁴. Culminando esse processo, cerca de 1000 pessoas participaram da Conferência Nacional sendo mais de 300 observadores de 14 países.

A realização desta Conferência, em junho de 2008, mobilizou a imprensa, governos estaduais, Ministério Público, representantes dos poderes legislativo e judiciário, e sociedade

³⁴⁴ Apesar da importante iniciativa do governo federal, todo o processo de mobilização e de construção das Conferências nos Estados, regiões e municípios foi protagonizado pelo movimento social (destaque para a ABGLT), que insistiu, priorizou, pressionou e realizou a interlocução com o poder público, Brasil afora, fazendo história com suas próprias mãos.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, foi criada em 31 de janeiro de 1995, com 31 grupos fundadores. Hoje a ABGLT é uma rede nacional de 237 organizações afiliadas. É a maior rede LGBT na América Latina. A missão da ABGLT é Promover a cidadania e defender os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma democracia sem quaisquer formas de discriminação, afirmando a livre orientação sexual e identidades de gênero.

Atualmente as linhas prioritárias de atuação da ABGLT incluem:

- O monitoramento da implementação das decisões da I Conferência Nacional LGBT;
- O monitoramento do Programa Brasil Sem Homofobia;
- O combate à homofobia nas escolas;
- O combate à Aids e outras doenças sexualmente transmissíveis;
- O reconhecimento de Orientação Sexual e Identidade de Gênero como Direitos Humanos no âmbito do Mercosul;
- *Advocacy* no Legislativo, no Executivo e no Judiciário;
- A capacitação de lideranças lésbicas em direitos humanos e *advocacy*;
- A promoção de oportunidades de trabalho e previdência para travestis;
- A capacitação em projetos culturais LGBT.

Algumas destas linhas de trabalho são apoiadas por projetos específicos que são executadas pela ABGLT, através de organizações afiliadas.

civil organizada, tudo isso demonstra uma maior sensibilidade para elaboração de propostas de políticas públicas para o segmento.

Diversos temas foram discutidos nessa Conferência, como trabalho, justiça e segurança pública, previdência social, esportes e educação para GLBT. Alguns dos quais merecem um destaque especial, pois incidem na elaboração do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de GLBT, e fazem parte das estratégias para fortalecer o Brasil sem Homofobia.

O evento culminou com a aprovação da Carta de Brasília, no dia 08 de junho de 2008, nela, delegadas e delegados, participantes da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT), ressaltam que o processo de mobilização social e a consolidação de políticas públicas em todas as esferas do Estado são fatores determinantes para a construção de uma sociedade plenamente democrática, justa, libertária e inclusiva; e para tanto assumem o compromisso de empenharem-se cada vez mais na luta pela erradicação da homofobia, transfobia, lesbofobia, machismo e racismo do cotidiano de nossas instituições e sociedade e, por um Estado laico de fato.

Nessa linha, o documento, recorda que cabe ao Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário), o dever do diálogo, entre seus órgãos, e com a sociedade civil, com vistas à convalidação de direitos e à promoção da cidadania GLBT; seja pela ampliação, transversalidade e capilaridade de políticas públicas; pelo aprimoramento legislativo e pelo avanço jurisprudencial que reconheça, no ordenamento constitucional, a legitimidade de direitos e garantias legais reivindicadas pelo público GLBT em suas especificidades.

Ademais, destaca que a luta pelo direito à livre orientação sexual e identidade de gênero constitui legítima reivindicação para o avanço dos direitos humanos em nossa sociedade e para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, e para isso solicita urgência na criação do Plano Nacional de Direitos Humanos e Cidadania LGBT; o cumprimento dos objetivos do Programa Brasil sem Homofobia e a aprovação dos projetos de lei que criminaliza a homofobia; que reconhece a união civil de pessoas do mesmo sexo e que autoriza a mudança do nome civil das travestis e transexuais pelo seu nome social.

Por fim, os participantes da Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais reivindicam ao Poder Público (nos três níveis) que se aprofunde esforços, reflexões e ações em prol da consolidação de direitos de toda a comunidade LGBT, a fim de que as futuras gerações possam viver num mundo onde toda modalidade de preconceito e discriminação, motivadas por questões raciais, religiosas, políticas e de

orientação sexual e identidade de gênero, estejam definitivamente suprimidas do convívio humano.

O que de imediato verificamos é que a convocação da Conferência LGBT, em si, já é uma vitória política, pois além de dar visibilidade para a batalha por cidadania e marcar o reconhecimento por parte do Estado brasileiro da existência dessa parcela da população, enquanto minoria historicamente discriminada, que necessita de políticas de ação afirmativa, também é importante o fato de o governo federal induzir os Estados a discutir este tema. Deste modo, a cidadania LGBT foi colocada na agenda do poder público e está forçando setores que nunca discutiram o tema a se envolver, a pautar o debate, a realizar Conferências, a dialogar com ativistas³⁴⁵.

Neste contexto, ressalta Fonseca (2009, p.103): “a constituição de políticas públicas no Brasil não é uma prerrogativa somente da consciência e da vontade política de uns e outros. Ela depende da disposição do Estado e dos governos de se responsabilizar pelo povo, elegendo prioridades estratégicas”.

Entretanto, cabe destacar que no Brasil, até então, a responsabilidade dos governantes e a escolha das prioridades foram estabelecidas com a ausência das minorias, e por conseguinte, sem que elas pudessem colocar na agenda e no orçamento federal, de maneira apropriada, suas necessidades, pois sempre estiveram apartados do poder decisório.

³⁴⁵ Com efeito, vale destacar que os efeitos da I Conferência GLBT já começam a ser percebidos, pois em virtude dos compromissos assumidos nesta Conferência, o Ministério da Educação e Cultura (MEC) passou a aceitar a União gay estável para compor renda familiar no ProUni. Veja-se, por exemplo, o caso do funcionário público J.G.A. que conquistou nessa última terça-feira, dia 20 de janeiro de 2009, parecer favorável do Ministério da Educação para que a sua renda e a do seu companheiro, com quem vive uma união estável há dois anos, seja aceita para comprovação da renda familiar per capita no ProUni, programa que concede bolsas de estudos para universitários que não têm condições de pagar os custos do curso sozinho. Esclareceu, ainda o MEC que o grupo familiar formado por pessoas de mesmo sexo em união estável homoafetiva pode ser considerado para fins da comprovação da renda familiar per capita necessária à obtenção de bolsas concedidas no âmbito do ProUni, sem prejuízo dos demais critérios do programa”, salientou a Coordenação Geral de Projetos Especiais para a Graduação Ministério da Educação em nota oficial. O MEC também explica que para casos desse tipo serem aceitos o candidato deverá comprovar a união estável homoafetiva mediante declaração correta e regularmente firmada em cartório.

O caso de J. começou quando ele procurou o coordenador do ProUni na Faculdades Integradas Torricelli, em Guarulhos, onde ele espera obter uma bolsa de 50% no curso de Letras. Na ocasião, porém, a Coordenação Geral de Projetos Especiais para a Graduação enviou um e-mail citando o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro que diz: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Decepcionado, J. procurou a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros (ABGLT) que pressionou o MEC baseado nas propostas aprovadas na 1ª Conferência Nacional LGBT, de 2008. “Creio que foi uma vitória muito importante, tendo em vista que a educação é uma das áreas mais conservadoras”, afirmou ao G Online Toni Reis, presidente da ABGLT. Disponível em: <http://gonline.uol.com.br/site/arquivos/estatico/gnews/gnews_noticia_21765.htm>. Acesso em: 25 jan. 2009.

Como resultado desta 1ª Conferência Nacional LGBT, é lançado em maio de 2009, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais trazendo as diretrizes e ações para a elaboração de Políticas Públicas voltadas para esse segmento, mobilizando o Poder Público e a sociedade civil organizada na consolidação de um pacto democrático.

A elaboração do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais tem como fundamento as diretrizes e preceitos éticos e políticos que visam à garantia dos direitos e do exercício pleno da cidadania. Também transcorre em todo o Plano a preocupação de assegurar e levar em conta na implementação de todas as suas ações, os recortes de gênero, orientação sexual, raça/etnia, origem social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, religião, faixa etária, situação migratória, especificidades regionais e particularidades da pessoa com deficiência³⁴⁶.

O Plano contempla, numa perspectiva integrada, a avaliação qualitativa e quantitativa das propostas aprovadas na Conferência Nacional LGBT, considerando ainda a concepção e implementação de políticas públicas³⁴⁷.

O objetivo geral do Plano é orientar a construção de políticas públicas de inclusão social e de combate às desigualdades para a população LGBT, primando pela intersetorialidade e transversalidade na proposição e implementação dessas políticas.

O Plano traz os seguintes objetivos específicos: promover os direitos fundamentais da população LGBT brasileira, de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dispostos no art. 5º da Constituição Federal; promover os direitos sociais da população LGBT brasileira, especialmente das pessoas em situação de risco social e exposição à violência; e combater o estigma e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

O documento destaca que, um Estado democrático de direito não pode acolher práticas sociais e institucionais que criminalizam, estigmatizam e marginalizam as pessoas em razão de sexo, orientação sexual e/ou identidade de gênero³⁴⁸.

Destarte, o Estado toma a responsabilidade de implementar políticas públicas que tenham como foco a população LGBT, a consolidação da orientação sexual e identidade de gênero, com vistas a romper com essa lógica injusta.

³⁴⁶ Cf.: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília, 2009. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*.

O Plano norteia-se pelos princípios da igualdade e respeito à diversidade, da equidade, da laicidade do Estado, da universalidade das políticas, da justiça social, da transparência dos atos públicos e da participação e controle social, assim destacados: dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal); igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (art. 5º da Constituição Federal); “...respeito à diversidade de orientação sexual e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (inciso IV do art. 3º da Constituição Federal); direito à cidadania (inciso II do art. 1º da Constituição Federal); direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6º da Constituição Federal); liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5º da Constituição Federal); laicidade do Estado: a pluralidade religiosa ou a opção por não ter uma religião é um direito que remete à autonomia e à liberdade de expressão, garantidos constitucionalmente, e Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X do art. 5º da Constituição Federal)³⁴⁹.

Contendo 51 diretrizes³⁵⁰ e 180 ações, baseadas nas propostas da Iª Conferência Nacional LGBT, que serão implementadas pelo Poder Público para garantir a igualdade de direitos e exercício pleno da cidadania do segmento LGBT da população Brasileira, o Plano, é um importante passo no rumo do fortalecimento do Programa Brasil sem Homofobia e contempla reivindicações históricas do movimento LGBT organizado, que tornam-se políticas de Estado em curto prazo (2009) e médio prazo (2010 e 2011) e longo prazo (2012)³⁵¹.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ Para realizar suas diretrizes, o Plano é dotado de dois eixos estratégicos, que se subdividem em um conjunto de estratégias de ação:

Eixo Estratégico I – Promoção e socialização do conhecimento; formação de atores; defesa e proteção dos direitos; sensibilização e mobilização;

Eixo Estratégico II – Formulação e promoção da cooperação federativa; articulação e fortalecimento de redes sociais; articulação com outros poderes; cooperação internacional; gestão da implantação sistêmica da política para LGBT.

Cf.: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília, 2009, p. 9. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

³⁵¹ Estão entre as diretrizes que fundamentam o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais:

1. Adoção de abordagem pluralista que reconheça e garanta a universalidade e indivisibilidade, interdependência e de todos os aspectos da pessoa humana, incluindo a orientação sexual e identidade de gênero, pessoas com deficiência, raça e etnia nos espaços de pactuação com os demais setores de governo e da sociedade civil.
2. Combate à discriminação por orientação sexual, identidade de gêneros e raça no serviço público.

As ações do Plano serão monitoradas por meio de acompanhamento contínuo, e, avaliadas durante toda a sua implementação.

Neste sentido, foi constituído o Grupo de Trabalho Interministerial, de caráter permanente, composto pelos órgãos federais do Poder Executivo e coordenado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Visando a apoiar o Grupo de Trabalho Interministerial, foi constituído o Comitê Técnico, composto pela Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil (SAM/PR), pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos (SPI) do Ministério do Planejamento e pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH, conforme o organograma.

A sociedade civil, por meio de representação das entidades de LGBT, e a Frente Parlamentar Pela Cidadania LGBT participa das reuniões do Grupo de Trabalho Interministerial como convidada.

Por fim, um relatório anual deve ser divulgado pela Comissão de Articulação e Monitoramento, sendo encaminhado aos órgãos responsáveis pela execução das ações, para análise das recomendações, deliberações e tomada das providências cabíveis.

O Plano é bem estruturado e contém ações práticas e realizáveis, demonstrando que o apoio governamental é imprescindível. Além do mais, o coletivo LGBT brasileiro há muito tempo já cobrava ações dessa natureza.

3. Ampliação do conceito de família, de modo a contemplar os arranjos familiares LGBT e assegurar a inclusão do recorte de orientação sexual e identidade de gênero, observando a questão étnico-social, nos programas sociais do Governo Federal.

4. Inserção do tema direitos humanos, com ênfase nos direitos e na cidadania de LGBT, nos concursos públicos do Governo Federal.

5. Legalização do direito de adoção dos casais que vivem em parceria homoafetiva.

6. Reconhecimento do companheiro ou companheira do mesmo sexo de servidores militares como dependentes, com direitos iguais aos dos militares heterossexuais.

7. Ampliação da cobertura dos planos de previdência públicos e privados aos companheiros/as homoafetivos/as de travestis e transexuais.

8. Inserção da temática LGBT nos meios e veículos de comunicação pública para promover a visibilidade dos direitos humanos e da cultura da(o)s cidadã(o)s LGBT, com uso de uma linguagem sem cunho discriminatório, que respeite as identidades de gênero, orientação sexual, raça e etnia, religião, ideologia, jovens, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência.

9. Aprovação da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais nas instâncias do SUS.

10. Fortalecimento da articulação em defesa dos direitos humanos da população LGBT no MERCOSUL, na OEA e na ONU.

Cf.: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília, 2009, p. 9. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

Segundo Toni Reis, presidente da ABLGT, durante a reunião de avaliação do Plano em julho de 2010, foi detectado que, no geral, cerca de 60% das ações foram executadas até agora e os outros 40% estão encaminhados e muitas ações estão programadas para 2011³⁵².

Neste contexto, em dezembro de 2010, em um dos seus últimos atos frente ao mais alto cargo do Executivo do Brasil, o presidente Lula criou por decreto publicado no Diário Oficial da União (DOU), o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – LGBT, batizado pelo movimento de “Conselho Nacional LGBT”. O Decreto n.º 7.388, de 9 de dezembro de 2010, foi assinado por Lula e pelo ministro dos Direitos Humanos, Paulo Vanucchi³⁵³.

O Conselho composto por 15 quinze representantes do Poder Público Federal e 15 representantes da sociedade civil pretende dar efetividade para o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT, buscando por meio do monitoramento, a real execução do Plano, ou seja, o conselho será responsável pelo acompanhamento da execução do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT e pela participação no desenvolvimento de políticas públicas para garantir a inclusão e cidadania dessa população³⁵⁴.

No campo da promoção da saúde, dos direitos humanos, dos direitos sexuais e reprodutivos, em 2007, o Ministério da Saúde, em parceria com o Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), lançaram o Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de AIDS e DST entre Gays, outros Homens que fazem Sexo com Homens (HSH) e Travestis³⁵⁵.

³⁵² Disponível em: <<http://tantasnoticiasx1.blogspot.com/2010/07/relatorio-de-monitoramento-das-acoes.html>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

³⁵³ Cf.:BRASIL. **DECRETO N.º 7.388**, de 9 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. Disponível em; <<http://portal.in.gov.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

³⁵⁴ Para Toni Reis, presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT, “o estabelecimento do Conselho é uma reivindicação da ABGLT desde a 1ª Conferência Nacional LGBT, realizada em junho de 2008, para fazer o controle social da implementação das 166 ações do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT”. Disponível em: <<http://acapa.virgula.uol.com.br/site/noticia.asp?origem=home&codigo=12323&titulo=Governo+federal+cria+Conselho+Nacional+LGBT>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

³⁵⁵ Com efeito, especialmente importante para as lésbicas destacamos o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres em 2005. Além disso, em 2007, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e o Ministério da Saúde, por meio do Programa Nacional de DST e AIDS e da Área Técnica de Saúde da Mulher, apresentaram às instituições que atuam no campo dos direitos humanos, direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres brasileiras o Plano Integrado de Enfrentamento à Feminização da Epidemia da AIDS e outras DST. O plano apresenta as seguintes diretrizes: promoção à defesa dos direitos humanos, direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres; redução do estigma ao HIV/AIDS e a discriminação em relação às mulheres em situação de vulnerabilidade; redução das iniquidades regionais, territoriais e de contexto de pobreza; promoção à

Trata-se de um documento base, que apresenta e contextualiza a situação desse segmento no concernente à epidemia da AIDS no Brasil, e de uma agenda afirmativa específica para esse grupo. O plano expressa o compromisso das três esferas do governo (federal, estadual e municipal) e da sociedade civil e propõe metas concretas, previstas para a execução até 2011, a fim de mitigar as vulnerabilidades específicas que ainda contribuem para que a população homossexual brasileira, esteja mais suscetível à infecção pelo HIV.

Neste sentido tem como objetivo geral enfrentar a epidemia do HIV/AIDS e das DST entre gays, outros HSH e travestis, por meio da redução de vulnerabilidades, estabelecendo política de prevenção, promoção e atenção integral à saúde. Ademais, o plano também expressa diretrizes do Programa Brasil sem Homofobia, lançado em 2004³⁵⁶.

Por sua vez, em 2010, o Ministério da Saúde apresentou a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes de Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3).

Trata-se de uma política de caráter transversal e, por isso, abarca todas as áreas do Ministério da Saúde tais como as relacionadas à produção de conhecimento, participação social, promoção, atenção e cuidado. Sua formulação contou com participação de diversas lideranças, técnicos e pesquisadores e foi submetida à consulta pública antes de ser apresentada e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Sua implementação exige desafios e compromissos das instâncias de Governo, especialmente das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, dos Conselhos de Saúde e de todas as áreas do Ministério da Saúde. Da mesma maneira, é indispensável a ação da sociedade civil nas suas mais variadas modalidades de organização que pressionam os governos para a garantia do direito à saúde.

equidade racial, étnica, de gênero e de orientação sexual das mulheres no acesso à informação, diagnóstico e tratamento; fortalecimento, implementação e ampliação das ações de prevenção, promoção e assistência as DST, HIV e AIDS de forma integral e equânime, conforme os princípios do Sistema Único de Saúde e do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.

Cf.: BRASIL. Ministério da Saúde. Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de AIDS e outras DST. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://www2.aids.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

³⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de AIDS e DST entre Gays, outros Homens que fazem Sexo com Homens (HSH) e Travestis. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://www2.aids.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

Ressaltamos que, essa política está fundamentada nos princípios assegurados na Constituição Federal de 1988, que garantem a cidadania e dignidade da pessoa humana (C.F., 1988, art. 1.º, inc. II e III), reforçados no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (C.F., 1988, art. 3.º, inc. IV)³⁵⁷.

Ademais, de conformidade com o artigo 84, inciso VI, alínea a da Constituição de 1988 (redação determinada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001), o Chefe do Executivo tem competência privativa para dispor, mediante Decreto, pela organização e funcionamento da administração federal, quando tal fator não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Assim, em seu segundo mandato, o presidente Luis Inácio Lula da Silva, emitiu o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009³⁵⁸, alentando os ideais contidos nos princípios e garantias constitucionais, previstos na Carta Magna, o que vem trazendo fortes mudanças ao nosso País.

De fato, o PNDH-3 representa a continuação do Plano Nacional de Direitos Humanos 1, apresentado em 1996, e do PNDH-2, apresentado no ano de 2002.

Com a participação ativa da Secretaria de Direitos Humanos, o texto prima pela interação democrática entre o Estado e a sociedade civil como instrumento de fortalecimento da democracia participativa, além da valorização dos direitos humanos e a integração e ampliação dos sistemas de informações. Ademais, a intenção do Executivo foi a de arquitetar uma maior avaliação e monitoramento dessa efetivação.

O PNDH-3 é resultado das diretrizes aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em dezembro de 2008, e da sistematização de resoluções de mais de 50 conferências nacionais sobre diversos temas ligados aos direitos humanos (segurança alimentar, saúde, educação, cultura, cidades, meio ambiente, igualdade racial, orientação sexual, direitos da mulher, segurança pública, entre outros), com participação direta da população, das organizações sociais e populares, dos gestores públicos das três esferas de go-

³⁵⁷ Cf.: BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/Pol%C3%ADtica_nacionalLGBT.pdf>. Acesso em 31 ago. 2010.

³⁵⁸ Cf.: BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 02 out. 2010.

verno, dos legislativos e de setores do judiciário, permitindo a pluralidade e diversidade na construção de propostas de políticas públicas.

O Plano articula diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas em seis eixos estratégicos que expressam o conjunto dos direitos humanos, acatando as recomendações da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993): fortalecimento permanente da democracia, desenvolvimento econômico calcado na linha social, educação em direitos humanos, segurança pública e direito à memória e à verdade.

O texto do PNDH3 faz referência, em várias passagens, ao movimento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), buscando, de alguma forma, introduzir ou reconhecer direitos inerentes a esse grupo.

No Eixo Orientador III (Universalizar direitos em um contexto de desigualdades), Diretriz 10 (Garantia da igualdade na diversidade), Objetivo Estratégico V (Garantia do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero), consta, como Ação Programática, à página 98, o seguinte: apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo; recomendação: recomenda-se ao Poder Legislativo a aprovação de legislação que reconheça a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o PNDH-3 tem vários pontos polêmicos, dentre os quais destacamos:

- Ações educativas para desconstruir os estereótipos relativos às profissionais do sexo;
- Apoio a projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo;
- Promoção de ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos;
- Reconhecimento e inclusão nos sistemas de informação do serviço público, de todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade;
- Desenvolvimento de meios que garantam o uso do nome social de travestis e
- Estabelecimento do ensino da diversidade e história das religiões, inclusive as derivadas de matriz africana, na rede pública de ensino, com ênfase no reconhecimento das diferenças culturais, promoção da tolerância e na afirmação da laicidade do Estado.

Observamos que acompanhando a tendência do direito internacional dos direitos humanos, o Plano institui, de forma consistente, medidas de proteção aos direitos civis,

políticos, sociais, econômicos e culturais. Porém, não é apenas uma declaração de direitos, pois identifica programas concretos que devem ser adotados, nomeando as pastas e entidades responsáveis, sugerindo a aprovação de leis e fazendo recomendações ao Judiciário. Constitui, por conseguinte, um magnífico avanço.

Não obstante, as expressadas boas intenções não livraram o texto de inúmeras críticas, diversos setores da sociedade taxaram de autoritário o PNDH-3, da lavra da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), que, com status de ministério e ligada diretamente à Presidência da República, é dirigida pelo ministro Paulo Vanucchi. Apesar de defender o decreto, fruto de consultas da SEDH a diversos movimentos sociais e grupos de pressão, o governo deu mostras de que poderia recuar em alguns pontos, em especial, após a forte reação da Igreja Católica e dos militares.

Como se poderia esperar a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) se rebelou contra o casamento homossexual, o aborto e a restrição de símbolos religiosos em prédios públicos, numa histórica tentativa de manter seus dogmas medievais.

A nova versão do PNDH3 retira o apoio à descriminalização do aborto e a proibição à ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União; altera a proposta de resolução de conflitos agrários, que previa a realização de audiência coletiva entre os envolvidos e o Ministério Público antes da decisão de concessão de liminar judicial; retira a regulação dos meios de comunicação em relação ao cumprimento dos direitos humanos; e exclui as expressões “repressão ditatorial” e “perseguidos políticos”, passando a tratar as questões referentes à ditadura civil-militar (1964-1985) como violações de direitos humanos. O decreto 7.177 retira, também, o artigo que proibia que logradouros recebessem nomes de pessoas que praticaram crimes de lesa-humanidade durante o período³⁵⁹.

Movimentos sociais e organizações de direitos humanos lamentaram a decisão do governo e qualificaram o recuo como um retrocesso na questão dos direitos humanos no Brasil. Na avaliação de Plínio Arruda Sampaio, ex-deputado constituinte, o governo federal tirou a força do programa. Ele explica que o PNDH não é um texto jurídico, mas tem peso político. Dessa forma, ao esvaziar o programa, o governo federal dificultou as lutas populares

³⁵⁹ Cf.: BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010. Altera o Anexo do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH3. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm>. Acesso em: 02 set. 2010.

pela busca de seus direitos, como, por exemplo, a punição aos torturadores do período da ditadura civil-militar³⁶⁰.

Para Alexandre Ciconello, assessor de Direitos Humanos do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), o recuo do governo federal se deu em pontos importantes para os movimentos que participaram da construção do PNDH3. Ciconello lembra que o Programa é resultado de um processo de discussão democrático, levado a cabo em mais de 50 conferências temáticas e na Conferência Nacional de Direitos Humanos, da qual participaram vários setores da sociedade civil e do governo federal³⁶¹.

Para o assessor, versão inicial do PNDH3 tratava os direitos humanos com uma visão contemporânea, de uma forma ampla. Segundo ele, com a decisão do governo federal de retirar questões fundamentais, o Brasil vai na contramão da defesa dos direitos humanos. “O Brasil está voltando atrás na visão de direitos humanos, como direitos universais e interdependentes”, lamenta³⁶².

Ademais, ele chama a atenção para o fato de o recuo do governo significar maior força aos setores conservadores. “O resultado desse recuo demonstra o poder desses setores na nossa sociedade. Por mais que você amplie a democracia, por mais que você amplie também a presença dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil, você tem grupos que pautam a agenda nacional e que conseguem fazer com que o governo mude um decreto pactuado democraticamente”³⁶³.

Verificamos que a modificação do plano, mesmo que parcial, demonstra o poder ainda remanescente da igreja católica no Brasil. Felizmente não houve modificações nas questões relacionadas aos direitos dos homossexuais, pois isso representaria um retrocesso a tudo que se tem feito até o momento, o que não foi pouco, considerando que trata-se de um país de vastas contradições, nos âmbitos social, cultural, econômico, além disso, com uma tradição católica muito forte o que, provavelmente, tem impedido a evolução mais rápida dos direitos dos homossexuais. Essa posição ainda bastante preconceituosa da população brasileira pode

³⁶⁰ Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2010/maio/na-contramao-dos-direitos-humanos/?searchterm=PNDH3>>. Acesso em: 02 set. 2010.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ *Ibidem*.

ser atestada através pesquisa realizada em 2008, que constatando que apenas 1% da população brasileira não têm preconceito contra homossexuais³⁶⁴.

Também constatamos que políticas como estas são imprescindíveis, especialmente, num país como o Brasil, que tem o terceiro pior índice de desigualdade no mundo e, apesar do aumento dos gastos sociais nos últimos dez anos, apresenta uma baixa mobilidade social e educacional entre gerações. Os dados estão no primeiro relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sobre América Latina e Caribe.

Como instrumento de política pública, o PNDH-3 induz processos que deverão se traduzir em previsões orçamentárias, em indicadores de monitoramento e, acima de tudo, em dinâmicas permanentes de participação e de controle social público com ampla participação da sociedade civil.

Uma questão fundamental e pouco abordada no campo das políticas públicas é o fator orçamentário.

³⁶⁴ De acordo com pesquisa intitulada Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, Intolerância e respeito às diferenças sexuais – uma realização da Fundação Perseu Abramo, em parceria com a Fundação alemã Rosa Luxemburg Stiftung, realizada em 2008, Só 1% dos brasileiros maiores de 16 anos não têm preconceito contra homossexuais. Entre 26% e 29% - mais de um quarto da população – assumem não gostar de gays, lésbicas, travestis ou transexuais. Os demais até disfarçam, mas 99% caíram na malha fina dessa pesquisa nacional. A cada três dias de 2008, foi detectado pelo menos um crime de ódio por orientação sexual no país, segundo o programa federal Brasil Sem Homofobia.

Dentro de instituições públicas, principalmente nas polícias, a intolerância tem sido detectada. Além da violência física, o preconceito tem criado barreiras na educação e na saúde públicas.

- O que mais chama a atenção na pesquisa é a quantidade de brasileiros que admitiu preconceito contra homossexuais.

Em duas pesquisas anteriores, 4% admitiram ter preconceito contra negros (2003) e também 4% contra idosos (2006) – disse o professor de sociologia da USP Gustavo Venturi, coordenador das três pesquisas.

A pesquisa sobre homofobia, que ouviu 2.014 brasileiros em 150 cidades, fez um retrato do preconceito em três dimensões: o assumido, o disfarçado e o "dos outros". Entre os preconceituosos assumidos, 16% admitiram ter forte preconceito, ao ponto de considerarem os homossexuais como "doentes", "safados" ou "sem caráter".

Os preconceituosos disfarçados negaram, mas, ao longo das entrevistas, de mais de uma hora, acabaram dando respostas no mínimo politicamente incorretas sobre todos os segmentos.

Mesmo quando diziam não ter nada contra a opção sexual de outras pessoas, admitiam, por exemplo, que não gostariam de trabalhar, ou ter um vizinho, ou se relacionar com um médico ou professor homossexual.

Já no momento de analisar a sociedade em que vivem, entre 91% e 93% consideraram que o brasileiro é preconceituoso com os homossexuais e transexuais.

Mais de 70% consideraram que esse preconceito é forte.

Para 66%, homossexualidade é pecado contra leis de Deus As expressões de preconceito foram detectadas na escolha, em diferentes graus de concordância, de frases como "Deus fez o homem e a mulher com sexos diferentes para que cumpram seu papel e tenham filhos" (92% concordaram), ou "A homossexualidade é um pecado contra as leis de Deus" (66% de concordância) e ainda "A homossexualidade é uma doença que precisa ser tratada" (40% admitiram pensar assim).

As manifestações de preconceito partem de todas as faixas de escolaridade, de renda, de todas regiões do país e de diferentes religiões: católicos, evangélicos, umbandistas. Para 70% dos entrevistados, o governo não deve se envolver na situação.

Cf.: Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, Intolerância e respeito às diferenças sexuais. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/>>. Acesso em: 02 set. 2010.

Na verdade, as políticas sociais concorrem entre si, num panorama de poucos e insuficientes recursos. Trata-se de uma árdua tarefa ter que escolher entre atribuir mais verbas para temas como saúde, educação ou reforma agrária. Não obstante, é a obrigação do governante. Contudo, a administração pública não promove uma gestão imparcial, mas comprometida com os princípios de um programa de governo ou de um partido. Por esse motivo, entende-se, em grande parte, por que não há recursos suficientes para a garantia dos direitos humanos³⁶⁵.

A questão orçamentária não pode ser abordada apenas como um dado numérico. Se concebermos que as políticas públicas estão conectadas entre si no objetivo de reduzir as misérias sociais e prover direitos aos cidadãos; que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis; e que o orçamento é uma parte fundamental na estratégia de erradicação da desigualdade social, esse passa a ser uma peça fundamental para progredirmos na afirmação do Estado de Direito.

Segundo Fonseca (2009, p.106-108):

[...] não há política pública sem recurso destinado para tal fim. É necessário que parte significativa da sociedade brasileira compreenda que não se faz política pública sem recursos. Só demagogia e populismo de ocasião [...] a implementação séria de toda e qualquer política pública exige orçamento. Também é necessário informar quem deixa de ganhar; diante disso, as rubricas orçamentárias são baseadas em negociações, em barganhas e em pressões sociais constantes realizadas por grupos e lobistas que têm capacidade de negociação, isto é, baseiam-se no toma lá dá cá. Nesse sentido, nem sempre são os melhores projetos os contemplados com o maior orçamento [...] apenas o discurso político no palanque, no gabinete ou no parlamento não mudará a realidade social brasileira. Há de se entender que o orçamento é uma proposta de gestão política. E é nele que os diferentes agentes e movimentos sociais devem focar seus esforços.

Debates e polêmicas acaloradas apenas desviam do real problema: a inexistência de um orçamento para a implementação de políticas sociais focadas e universais que atendam à maioria da população vulnerável do Brasil [...] a sociedade brasileira continua, em pleno século XXI, pensando miticamente na união e buscando a integração do seu povo, mas paradoxalmente não toca nas distorções, nos crimes e

³⁶⁵ Neste sentido, falta muito para que haja recursos públicos para a reparação, promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil. Sem dúvida avançamos, mas o contingenciamento dos gastos para o alcance do superávit primário, a fim de pagar os juros e os serviços da dívida pública, coloca os programas voltados para essa temática em estado de mendicância. A execução orçamentária e física do PNDH 2, tanto em 2003 quanto em 2004, esteve muito aquém do nível previsto e, mais ainda, do necessário.

Em 2005, a situação é alarmante. Em 11 de agosto, dos 57 programas do PNDH 2, 19 tiveram menos de 10% de execução do recursos previstos, dentre eles os programas: “Saneamento ambiental urbano”; “Desenvolvimento sustentável da reforma agrária”; “Atendimento socioeducativo do adolescente em conflito com a lei”; “Promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente”; “Alimentação saudável”; “Atenção integral à saúde da mulher” e “Proteção da adoção e combate ao sequestro internacional”. Apenas quatro programas tiveram uma execução superior a 50%. São eles: “Proteção social à pessoa portadora de deficiência”; “Atenção hospitalar e ambulatorial no Sistema Único de Saúde e “Integração de políticas públicas de emprego, trabalho e renda”.

Cf. Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). A política de direitos humanos no governo Lula. Nota técnica nº 99, agosto de 2005. Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/pp/a.../politica_dh_governo_lula.pdf>. Acesso em: 03 set. 2010.

nas violências sutis, simbólicas e sangrentas que geraram e geram divisões, fossos e guetos etnoraciais, religiosos, classistas, sexistas e geracionais.

Neste contexto, é indispensável uma reflexão sobre a atual estrutura dos gastos governamentais para verificar quais os limites possíveis para a expansão e consolidação dos direitos. No tocante às despesas, alguns pontos “polêmicos” para a sociedade civil organizada precisam ser discutidos, como a gestão das políticas públicas e as despesas com pessoal, particularmente, de cargos de livre provimento no setor público. E, fundamentalmente, o ponto crucial que é o elevado gasto com pagamento de juros e amortização da dívida e o combate à corrupção. Do lado das receitas, é importante observar a estrutura de receitas do orçamento público, pois ela permite avaliar até que ponto o Estado é capaz de financiar as políticas públicas, via as receitas tributárias³⁶⁶.

Por fim, afirma Rodrigues (2010, p. 79):

Jogar o jogo da política democrática, ética, e da justiça social é o desafio que os gestores de políticas públicas têm de enfrentar para planejar, administrar e extrair recursos e formatar políticas redistributivas que busquem promover sociedades mais iguais e mais livres, num contexto mundial de profundas mudanças econômicas, demográficas e ideológicas.

Em suma, da capacidade do Estado (pelos diversos Governos) para executar políticas públicas sociais mais eficazes, abrangentes e universais, depende o aprimoramento do bem-estar e da cidadania, com a diminuição das desigualdades e a consolidação da democracia de cidadãos e cidadãs.

³⁶⁶ Dos R\$ 173 bilhões de despesas discricionárias no PLOA 2010, quase metade serão destinadas à saúde, à educação e ao pagamento dos benefícios do bolsa-família. Quando o governo edita o decreto de contingenciamento, são as despesas discricionárias que sofrem limitações para a execução orçamentária. Em 18 de março deste ano, o primeiro decreto de contingenciamento foi de R\$ 21,8 bilhões, o maior corte de despesas no governo Lula. Algumas Unidades Orçamentárias importantes para a garantia dos direitos humanos como Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Secretaria Especial de Políticas para Mulheres – têm suas despesas no rol das despesas discricionárias, sofrendo o contingenciamento de recursos.

Cf.: Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). Os limites do orçamento público para consolidar e expandir direitos. Nota técnica 165, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/notas-tecnicas/>>. Acesso em: 03 set. 2010.

CONCLUSÕES

Para além de um dos temas mais controvertidos, a orientação sexual é um conceito relativamente recente em matéria de direitos humanos. Preconceitos, estereótipos negativos e discriminação estão profundamente arraigados em nosso sistema de valores e padrões de comportamento.

Os principais princípios orientadores da abordagem dos direitos sobre a orientação sexual referem-se à igualdade e à não discriminação. Tais princípios foram constatados na maioria das declarações, pactos, convenções e outras disposições de carácter internacional e nacional em defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não obstante, o conceito da não discriminação ser abstrato e seu perfil não ter sido estabelecido de forma clara nos referidos textos, vem sendo construído de acordo com as causas que determinam tal discriminação.

Cabe ressaltar que, no rol de causas que originam tal discriminação, não existia, em princípio, nas disposições dos organismos internacionais, tampouco nas legislações internas, qualquer referência explícita à discriminação por orientação sexual nem de identidade de gênero.

As reivindicações do movimento LGBT junto aos organismos internacionais foram fundamentais para que estes se esforçassem na implantação do princípio da igualdade e não discriminação do coletivo LGBT. Podemos considerar que o ponto de partida desse longo e árduo percurso foi retirada por parte da OMS da homossexualidade da lista de doenças mentais.

Foi só posteriormente, devido às reivindicações de defensores dos direitos humanos e ativistas procurando assegurar a justiça social e garantir a dignidade das pessoas LGBT, que foi incluído de forma explícita a não discriminação por orientação sexual em algumas disposições tanto no domínio internacional quanto no nacional.

Com efeito, percorremos uma extensa carreira investigatória distribuída em duas partes: a primeira abordou a questão da discriminação por orientação sexual na esfera internacional; a segunda, no âmbito da realidade brasileira atual. Neste contexto, destacamos as principais conclusões a seguir:

1. Na esfera internacional, existe um vasto reconhecimento pelo corpo constitutivo e pelos Procedimentos Especiais da ONU dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, não sendo mais admissível que se questione se a orientação sexual está ou não

protegida pelos seus diversos tratados e convenções. A única questão plausível é: quando será aprovado pelas Nações Unidas um documento de cunho vinculativo relacionado especificamente à orientação sexual, instituindo, assim, um “standard mínimo universal” de proteção aos direitos do coletivo LGBT? Contudo, ressaltamos que uma resolução que trate sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero não estaria definindo nenhum “novo” direito ou criando novos padrões. Ao contrário, uma resolução apenas reafirmaria os princípios que integram os tratados internacionais de direitos humanos e que alicerçam inúmeras decisões e relatórios emitidos pelos vários corpos constitutivos do Conselho de Direitos Humanos, seus Relatores especiais, como também pelo próprio Conselho.

2. Infelizmente, nem todos os Estados acolhem a aplicação universal dos princípios de direitos humanos às pessoas LGBT. Essa deficiência de reconhecimento termina produzindo um ambiente propício para que a intolerância e o abuso permaneçam impunes. É essencial que o Conselho adote uma resolução que afirme que os direitos humanos não podem ser negados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero. Caso contrário, parecerá que a ONU adota o posicionamento de que as pessoas LGBT são cidadãos de segunda classe, isto é, não fazem jus aos direitos humanos básicos. Isso enfraquece o princípio da universalidade, já que parece sugerir que alguns seres humanos têm menos valor que outros porque merecem menor proteção. Também observamos que em virtude da atuação da OIT os Estados avançaram bastante em seus esforços para abordar a discriminação no âmbito laboral, mas, que muito ainda precisa ser feito, com caráter urgente e prioritário, para combater este problema de proporções globais e humanitárias. Neste sentido, podemos concluir que a inclusão dos homossexuais no mercado de trabalho é vital para que estes indivíduos tenham garantida concretamente a sua dignidade pessoal.

3. No continente europeu tem ocorrido o maior número de disposições de reconhecimento e proteção dos direitos do coletivo LGBT. Neste contexto, destacamos que na União Europeia a proibição de discriminação em razão da orientação sexual foi um aspecto inovador para quase todos os Estados-Membros, que tiveram de assegurar pela primeira vez uma proteção jurídica neste domínio. A discriminação fundamentada na orientação sexual encontra-se hoje proibida em todos os Estados-membros.

4. No continente americano, a aprovação da Resolução da Organização dos Estados Americanos sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero reconhecendo a grave situação de violações aos Direitos Humanos que enfrentam as pessoas por causa da sua orientação sexual e identidade de gênero, coloca o Sistema Regional das Américas, como o segundo depois do europeu, em reconhecer a importância de manifestar um claro compromisso político por parte dos Estados-Membros e de assumir a realidade da exposição à violação dos Direitos Humanos confrontada pelas pessoas LGBT.

5. No plano mundial, as divergências nas legislações dos Estados sobre a situação das pessoas LGBT, são gritantes e paradoxais. Assim, foram verificados três grandes grupos de países nos quais o reconhecimento dos direitos das referidas pessoas é distinto. O primeiro grupo formado por numerosos países asiáticos e africanos, não reconhece direitos a estas pessoas, e castiga a homossexualidade com penas de prisão e até de morte. Um segundo grupo de países, principalmente pertencentes à União Europeia, estabelecem o princípio da igualdade e da não discriminação para as pessoas LGBT; no entanto, não reconhecem a plenitude de direitos. Por fim, um terceiro e minoritário grupo de países, pertencentes à União Europeia e América do Norte, nos quais se aplica não somente o referido princípio, mas se equiparam em direitos às demais pessoas.

6. No tocante aos tribunais internacionais, que o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBT tem ocorrido de forma gradual. Assim, num primeiro momento, sobretudo no âmbito privado, os pronunciamentos dos referidos tribunais demonstravam profundo respeito em relação às leis nacionais, principalmente de caráter civil e penal, permitindo a criminalização das condutas homossexuais e negando o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e de pessoas transexuais. Não obstante, no contexto europeu, as decisões do TEDH em relação à orientação sexual e à identidade de gênero têm evoluído na direção de um reconhecimento jurídico dos direitos requeridos pelas pessoas LGBT.

7. No direito brasileiro, a luta contra a discriminação não foi vencida, e sem que seja vencida esta realidade discriminatória, cidadãos continuarão a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais, em virtude de preconceito e intolerância, os quais, de uma só vez, violam o princípio da igualdade, comprometendo, além da dignidade humana, posto que há um desrespeito, de forma reflexa, à liberdade pessoal e sexual, como também, à própria legitimidade democrática do ordenamento jurídico. No Brasil, o princípio democrático

e laico de um modelo liberal de organização social, garante a não discriminação em relação às diferentes práticas e identidades sexuais, mas é necessário fornecer instrumentos para assegurar o respeito por esta diversidade. Neste lastro, o reconhecimento da sexualidade como parte integrante da própria condição humana é imperativo, uma vez que ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver garantido o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que abrange tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem preferência sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito humano e fundamental.

8. É indiscutível que as questões relativas à orientação sexual relacionam-se, de modo íntimo, com a proteção da dignidade da pessoa humana, cujo reconhecimento é elemento essencial na sociedade que caracteriza o Estado Democrático de Direito, uma vez que este promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, mas, também, a promoção positiva de suas liberdades. Cogitar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em razão de sua orientação sexual, seria relegar tratamento digno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constituída de sua identidade pessoal, incluindo-se a orientação sexual, como se tal aspecto não tivesse relação nenhuma com a dignidade humana. Destarte, o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e menosprezo dos fundamentos constitucionais. O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tem, como núcleo essencial, a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.

9. O ordenamento jurídico brasileiro concebe o princípio da igualdade em sua dimensão formal, pela garantia da igualdade perante a lei e na sua dimensão material, pela igualdade na formulação da lei. Assim, no direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações instituídas na orientação sexual, evitando a restrição de direitos edificada exclusivamente na homossexualidade. Entretanto, advertimos que só é admissível falarmos em igualdade formal, com o rompimento do padrão hegemônico-heterossexista. Contudo, isso não significa situar a

homossexualidade como padrão de preferência sexual. O que almejamos quando tratamos de igualdade formal em termos de orientação sexual é que seja reconhecido o direito à diferença, a partir do reconhecimento da diversidade, ou seja, das diferentes modalidades de preferências sexuais possíveis de serem escolhidas pelos sujeitos de direito. Além disso, na tradição pátria, o princípio da igualdade material ordena a instituição de igual tratamento entre pessoas e grupos posicionados em situações semelhantes. No âmbito da orientação sexual, a igualdade material institui, na relação entre homossexuais e heterossexuais, o direito a ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade. Ou seja, a diferenciação só pode ser tolerada quando houver fundamentos racionais aptos para sua imposição, em ônus de argumentação tanto maior quanto mais intensa for a desigualdade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais sem fundamentação racional, baseados em preconceitos ou pontos de vista particulares, ainda que compartilhados por majorias ou decorrentes do desconforto de quem quer que seja. Não obstante, vale salientar que a tutela constitucional parece difícil de se concretizar, por depender, em demasia, de interpretação, além de não ser explícita como em outras partes do corpo legislativo pátrio. Claro que a inclusão da orientação sexual no inciso IV do art. 3º da Constituição não implicaria a erradicação definitiva da discriminação em razão da orientação sexual da sociedade brasileira. Na realidade, tal inclusão não eliminaria ou impediria a existência da discriminação prevalente em torno dos homossexuais, mas, sem dúvida alguma, seria capaz de tornar mais forte a luta destas minorias pelo reconhecimento do movimento e, daria grande força aos movimentos destas minorias em torno do reconhecimento efetivo dos seus direitos, uma vez que, evidentemente, é muito mais complicado reclamar ante a sociedade o tratamento igualitário sem ao menos haver conseguido o reconhecimento formal desta modalidade de discriminação. Neste diapasão, comprovamos ainda a existência de vários projetos no Congresso Nacional que buscam garantir, pelo menos, o mínimo de Direitos para os homossexuais. Estes projetos, porém, emperram nas comissões ou nas “gavetas”, devido, em última análise, ao conservadorismo dos legisladores, via de regra, representantes, na sua quase totalidade, de parcelas religiosas reacionárias, machistas e em consequência homofóbicas.

10. Nas questões relativas à discriminação por orientação sexual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem sido um dos mais avançados do país e mantém um rol significativo de decisões favoráveis ao coletivo LGBT. Não obstante, é oportuno também lembrar que, muitas vezes o judiciário brasileiro é bastante homofobo e, não são raras as

decisões estapafúrdias, carregadas de preconceito, desinformação e desprovidas de fundamento legal, que violam peremptoriamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira. Apesar de tudo isso, não podemos negar que há no direito brasileiro, uma evolução da jurisprudência e da legislação, no intuito de proibir-se a discriminação por orientação sexual. A vedação à discriminação assenta-se não só na Carta Magna, mas também nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Além disso, nos âmbitos estaduais e municipais, são encontradas previsões explícitas de proibição de discriminação por orientação sexual.

11. Lógico que ainda estamos muito longe de tornar o ideal de igualdade uma realidade para os homossexuais. Trata-se de um percurso árduo e com inúmeros obstáculos, mas é forçoso ser percorrido. Neste sentido, é imperioso interpretar o princípio da igualdade de modo dinâmico com a norma: desigualando os desiguais, tendo como objetivo a busca da igualdade material entre os cidadãos. A conquista da igualdade material, que implica uma vasta reorganização das oportunidades, isto significa a imposição de políticas profundas e ainda que o Estado não seja um mero garantidor da ordem fundamentada nos direitos individuais e na propriedade, mas uma entidade de bens coletivos e produtora de prestações. É necessário haver sim a igualdade formal com a garantia por parte do Estado que não haverá distinções de tratamento a determinados grupos diante do ordenamento jurídico. Não obstante, é do mesmo modo papel do Estado a criação de ferramentas objetivando a promoção de determinados grupos historicamente excluídos do protagonismo social. Diferente do que alegam os contrários às ações afirmativas quando dizem que estas medidas ferem a constituição, na verdade estas são perfeitamente compatíveis com o texto constitucional. A Constituição pátria já em seu preâmbulo define como meta do Estado uma sociedade justa, igualitária pluralista e sem preconceitos, no mesmo sentido caminha o seu artigo 3º. Destarte, o texto constitucional demonstra, de forma clara, a intenção de legislador que se instituem políticas públicas de inserção social e de busca à justiça, com o intuito de erradicar as disparidades sociais e as injustiças. Medidas de descriminação positiva encontram legitimidade no Brasil não só no texto constitucional, mas também nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

12. Certamente, cabe ainda, sublinhar a importância das ações do governo federal no combate à violência, à discriminação, à promoção de cidadania de homossexuais como o

Plano Brasil sem Homofobia, em 2004, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos e LGBT, em 2009, e iniciativas inéditas como a I Conferência GLBTT, em 2008, quando pela primeira vez, na história do Brasil, um Presidente da República convocou uma conferência para tratar de questões pertinentes aos cidadãos gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Ao convocar a conferência, o governo brasileiro admite que esse segmento da população merece ser tratado de maneira singular, e, mais ainda, que necessita de políticas públicas específicas. Neste contexto, vale destacar que é essencial no campo das políticas públicas a questão orçamentária, e que esta não pode ser abordada apenas como um dado numérico. Se concebermos que as políticas públicas estão conectadas entre si no objetivo de reduzir as misérias sociais e prover direitos aos cidadãos; que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis; e que o orçamento é uma parte fundamental na estratégia de erradicação da desigualdade social, esse passa a ser uma peça fundamental para progredirmos na afirmação do Estado de Direito. É imprescindível uma reflexão sobre a atual estrutura dos gastos governamentais para averiguar quais os limites possíveis para a ampliação e consolidação dos direitos.

13. Nunca a homossexualidade foi tão discutida no Brasil como atualmente: Os grupos homossexuais estão mais articulados, visíveis e politizados em suas ações e a luta passou a ser não mais pela afirmação de identidades – gay, lésbica, travesti e transexual – absolutas e normativas, mas pelo reconhecimento da cidadania e dos direitos humanos de homens e mulheres que, além de serem homossexuais, partilham com os outros membros da sociedade, em maior ou menor grau, todo um conjunto de valores, hábitos, tradições e crenças.

14. Reivindicamos, assim, que a homossexualidade seja socialmente definida apenas como uma singularidade a mais, em meio a tantas outras que caracterizam os seres humanos, procurando-se esvaziar, duplamente, o sentido da noção de diferença que atinge os homossexuais: nem mais fonte para a discriminação, a exclusão e a intolerância, nem mais ponto de partida para a construção de identidades isolacionistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Caio Fernando. **A mais justa das saias**. In: Pequenas Epifanias. Crônicas (1986-1995). Rio de Janeiro: Agir, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier de. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Histórias de amor num país sem leis: a homoafetividade vista pelos tribunais: casos reais**. São Paulo: Scortecci, 2010.

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, Miguel Vale de. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Sobre "gentes remotas e estranhas" numa "sociedade decente". In: Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n.º. 76, dezembro de 2007: p. 17-31, ISSN:0254-1106.

ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. **Discriminación por orientación sexual e identidad de género**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

AMICH, Cristina Elías. **Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos**. Foro, Nueva época, Madrid, núm. 5/2007: 199-219 ISSN: 1698-5583.

ARIÈS, Philippe. **Reflexões sobre a história da homossexualidade**. In: ARIÈS, Philippe, BÉJIN, André (Orgs.). Sexualidades ocidentais: contribuições para a história e para a sociologia da sexualidade. Tradução: Lygia Araújo Watanabe e Thereza Christina Ferreira Stummer. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade**. São Paulo: Mizuno, 2006.

BAILE, José Ignacio Ayensa. **Estudiando la homosexualidad: teoría e investigación**. Madrid: Pirámide, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRÉRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva em favor de las mujeres**. Madrid: Civitas, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas Iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela E.; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. Barcelona: Bellaterra, 2001.

BOROBIA, Kerman Calvo. **Ciudadanía y minoría sexuales**: la regulación del matrimonio homosexual en España. Disponível em <http://www.felgtb.org/_felgt/archivos/6634_es_Ciudadan%20y%20minor%20c3%ada%20y%20minor%20c3%adas%20sexuales.pdf> Acesso em: 5 fev. 2008.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria João Santos et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUQUETAS, Fernando de Castro. **Reyes que amaron como reinas**: de Julio César al Duque de Windsor. Madrid: La Esfera de los Libros, 2002.

BUGLIONE, Samantha. **Um direito da sexualidade na dogmática jurídica**: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp. (org.). Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoría da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**: ensaios 1976-2001. Rio e Janeiro: Renovar, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CEZÁRIO, Joelma; KOTLINSKI, Kelly; NAVARRO, Melissa (Orgs.). **Legislação e jurisprudência LGBTT**. Brasília: Letras Livres, 2007.

CHACARTEGUI, Consuelo Jávega. **Discriminación y orientación sexual del trabajador**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

CORRÊA, Sonia. **O percurso global dos direitos sexuais**: entre “margens” e “centros”. Revista Bagoas, 2009, N°4, p.17-42. ISSN 1982-0518. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04art01_correa.pdf>. Acesso em: 21. Jan. 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

DODSWORTH, Alexey. **Militância e ativismo** – a problemática homossexual em Foucault, Deleuze e Veyne. Disponível em: <<http://devir.wordpress.com/2007/11/06/militancia-e-ativismo-a-problematica-homossexual-em-foucault-deleuze-e-veyne/>>.

DULITZKY, Ariel E. **El Principio de Igualdad y No Discriminación**. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. Anuario de Derechos Humanos 2007. Disponível em:<www.anuariodh.uchile.cl>. Acesso em: 17 dez. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?** Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FERNÁNDEZ, Encarnación. **Igualdad y derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2003.

FERRÍS PAPÍ, José Antonio. **Homosexualidad y religión**. In: RODRIGUEZ GONZÁLEZ, Félix. Cultura, homosexualidad y homofobia: perspectivas gays. Vol. I. Barcelona: Laertes, 2007.

FINNIS, John Mitchell. **Law, morality and “sexual orientation”**. In: Corvino John (ed.). Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality Lanham-New York-London, Rowman and Littlefield .1997. p. 31-43. Disponível em: <<http://wrightjj1.people.cofc.edu/teaching/PHIL3000/Finnis,%20Law,%20Morality%20and%20Sexual%20Orientation%20%281997%29.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2010.

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas públicas e ações afirmativas**. Curitiba: Selo Negro, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade**. A vontade de saber. V.1.15.ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque; José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

FRY, Peter; MacRae, Edward. **O que é homossexualidade**. 5ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZÁLEZ, David Montero. **Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional**. Barcelona: Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, 2007. Disponível em: <<http://www.felgtb.org/resourceserver/616/d112d6ad54ec438b93584483f9e98868/5ae7bf2ef24e233408bf9e4462ede953/rclang/es/filename/microsoft-word-derechos-humanos-y-derechos-lgtb-desde-una-perspectiva-internacional.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2008.

GONZÁLEZ PERÉZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

GREEN, James Naylor. **Além do carnaval: A homossexualidade masculina no Brasil do século XX**. São Paulo: Unesp, 2000.

HART, Herbert.L.A. **Direito, liberdade, moralidade**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: 1987.

HERNÁNDEZ,Celia, AGUILERA Eva M. (Coord.). **La homofobia desde el estado y la sociedad, atenta contra los derechos humanos**. Revista D'Estudis de la Violència. Núm. 3, julio - octubre 2007. ISSN 1887-3545. Disponível em: <http://www.icev.cat/revistaviolencia_3.htm>. Acesso em: 07 out. 2010.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

IBIAS, Delma Silveira. **Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade**. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. 9. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. 9. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

KONDER COMPARATO. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, Marcos; PEREIRA, Cícero; CAMINO, Leôncio. **Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais.** *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n1/a18v15n1.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Liberdade e direitos sexuais** – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix. **Homosexualidad y familia:** lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales deben saber y hacer. Barcelona: Graó, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Gogo. **A rejeição da conduta homosexual por John Finnis.** In: RIOS, Roger Raupp. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA TORRADO, Jesús. **Globalización, inmigración y tolerância:** la tolerância comunicativa como superación de la tolerância neoliberal y como instrumento de construcción de la sociedad de responsabilidad. In: LIMA TORRADO, Jesús; OLIVAS, Enrique e; ORTÍZ-ARCE, Antonio de la Fuente. (Coord.). *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y America Latina.* Madrid: Dilex, 2007.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais:** a década das conferências. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais (IBRI), 2001.

MADRUGA DA SILVA, Sidney Pessoa. **Discriminação positiva:** ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio.** Madrid: Ediciones Académicas, 2005.

MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras:** do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRA, Alberto. **De Sodoma a Chueca.** Una historia cultural de la homosexualidad en España en el siglo XX. 2. ed. Madrid : EGALES, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral. 4. ed. São Paulo:Atlas, 2002.

MOTT, Luiz Roberto. **Homo-afetividade e direitos humanos**. Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2): 509-521, maio-agosto/2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a11v14n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

_____. **Memória gay no Brasil: O amor que não se permitia dizer o nome**. Disponível em: <<http://br.oocities.com/luizmottbr/artigos07.html>>. Acesso em: 11 set. 2009.

MURILLO, Soledad de la Vega. **Derechos Humanos: ¿nominalismo o realidad?** In: LÓPEZ de la VIEJA, María Teresa. Ciudadanos de Europa: Derechos fundamentales en la Unión Europea. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

NATIVIDADE, Marcelo. **Homossexualidade, gênero e cura em perspectivas pastorais evangélicas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 21 n°. 61. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v21n61/a06v2161.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homosexual**. Curitiba: Juruá, 2008.

NGUYEN, Dinh Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2.ed. Tradução Vítor Marques Coelho .Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

O'FLAHERTY, Michael, FISHER, John. **Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles**. Human Rights Law Review, N. 8, p. 207-248. Oxford University Press, 2008. Disponível em: <<http://hrlr.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

OLMEDA, Fernando. La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy. In: RODRIGUEZ GONZÁLEZ, Félix. **Cultura, homosexualidad y homofobia: perspectivas gays**. Vol. I. Barcelona: Laertes, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derecho del Trabajo y Razón Crítica**. Salamanca: Verona, 2004.

PASOLINI, Pier Paolo. **As últimas palavras do herege**. Tradução Luiz Nazário. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, 1999.

PÉREZ ALVAREZ, Salvador. **El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?**. Revista electrónica de estudios internacionales, ISSN 1697-5197, N°. 12, 2006. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2122694>>. Acesso em: 28. dez. 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PEUCKER, Mario. **La discriminación étnica en el mercado laboral** – evidencia empírica sobre un fenómeno multidimensional. In: URRUTIA, Gorka. (Editor). **Derechos humanos y discriminación** ¿Nuevos o continuos retos?. San Sebastián: Universidad de Deusto. Diputación Foral de Guipuzcoa, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Ações afirmativas na perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v.35, n. 124, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2008.

_____. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela E.; PIOVESAN, Flávia (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena E.; CARRARA, Sérgio (Orgs.). Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. (**Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade**).

POLLAK, Michael. **A homossexualidade masculina, ou: a felicidade do gueto?** In: ARIÈS, Philippe, BÉJIN, André (Orgs.). Sexualidades ocidentais: contribuições para a história e para a sociologia da sexualidade. Tradução: Lygia Araújo Watanabe e Thereza Christina Ferreira Stummer. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

PRESNO, Miguel Ángel Linera. **La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales**. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 1/2008 (Estudio). Pamplona. 2008. Disponível em: <<http://www.westlaw.es>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

RAMIREZ, Luiz; PICAZIO, Cláudio. **Orientação sexual e homossexualidade** – Algumas perguntas e respostas. Disponível em: <http://glssite.net/academia/arquivos/orinet_lula_picazio.doc>. Acesso em 01 maio. 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, Silvia; CARRARA, Sérgio. *A constituição da problemática da violência contra homossexuais: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas*. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 16(2):185-205, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v16n2/v16n2a04.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

_____. **Violência e homossexualidade no Brasil**: as políticas públicas e o movimento homossexual. In: GROSSI, Míriam Pillar; BECKER, Simone; LOSSO, Juliana Cavilha M.(Orgs.). *Movimentos sociais, educação e sexualidades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Direito da antidiscriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano**, 2005. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf>>. Acesso em: 09.09.09.

_____. **Cidadania Sexual na América Latina**. *Revista de Estudos Universitários*. Sorocaba, SP, v.33, n.1, p.49-60, jun. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.uniso.br/index.php/reu/article/view/41/5>>. Acesso em: 12 out. 2009.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

RODRIGUEZ GONZÁLEZ, Félix. **Cultura, homossexualidad y homofobia**: perspectivas gays. Vol. I. Barcelona: Laertes, 2007.

SANCHES, Vanessa K. C. **Discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. **Mobilizações homossexuais e estado no Brasil**: São Paulo (1978-2004). *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2007, vol.22, n.63, pp. 121-135. ISSN 0102-6909. doi:10.1590/S0102-69092007000100010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092007000100010>. Acesso em: 12 ago. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela E.; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEMEDO SILVA, Tânia. **Novos desafios sociais para as ilações internacionais**: a propósito do sentido e das finalidades da Amnistia Internacional no mundo contemporâneo. Disponível em: <http://www.actae.uevora.pt/2005_10.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOLÉ, Carlota. **Discriminación y derechos humanos**: ¿qué entendemos por discriminación y cuáles son sus principales ámbitos de expresión? *In*: URRUTIA, Gorka. (Editor). **Derechos humanos y discriminación** ¿Nuevos o continuos retos?. San Sebastián: Universidad de Deusto. Diputación Foral de Guipuzcoa, 2009.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma concepção intercultural dos direitos humanos**. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal**: uma discussão sobre o homossexualismo. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THORESEN, Ryan. **The Yogyakarta Principles**: fusing global discourse with local vernaculars. Disponível em: <www.ilgaeurope.org/content/.../8750/.../Yogyakarta+Article.doc>. Acesso em: 21 jan. 2010.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TRUYOL y SERRA, Antônio. **La Sociedad Internacional**. Madrid: Alianza Universidad, 2008.

VALENCIA, Hernando Villa. **Diccionario derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2003.

VERDE, Jole Baldaro; GRAZIOTTIN, Alessandra. **O enigma da identidade: o transexualismo**. Tradução Sérgio Schirato. São Paulo: Paulus, 1997.

VENTURA, Miriam (org.). **Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela E.; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ALAGOAS. Assembléia Legislativa. **Constituição do Estado de Alagoas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

ALEMANHA. **Constituição da República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/constituicao.html>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 abr. 2009.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº45** de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. DECRETO nº 3.952 de 04 de outubro de 2001. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec3952.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. DECRETO Nº 5.397, DE 22 DE MARÇO DE 2005. DOU 23.03.2005. Dispõe sobre a composição, competência e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Ministério da Previdência Social. **Instrução Normativa INSS/DC nº 25/2000**. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de

benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Presidência da República. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 02 set. 2010.

_____. Presidência da República. Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010. Altera o Anexo do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm>. Acesso em: 02 set. 2010.

_____. **Resolução nº 39, de 14 de agosto de 2007.** Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3232:resolu-no-39-de-14-de-agosto-de-2007&catid=57:resolucoes&Itemid=1085>. Acesso em: 30 ago. 2010.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia dos Direitos Humanos**, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN>. Acesso em 10.10.2008.

DIRECTIVA 2000/43/CE DO CONSELHO de 29 de Junho de 2000 que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:pt:PDF>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

DIRETIVA 2000/78/CE de 27 de Novembro de 2000, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento emprego e profissão, cujo artigo 1º. proclama: "Esta Diretiva tem por fim estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual no domínio do emprego e profissão". Disponível em: <http://www.acidi.gov.pt/docs/Legislacao/LEuropeia/Directivas_emprego.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2009.

DIRETIVA 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:PT:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa. **Lei Orgânica do Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

ESPANHA. **Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2007.

ESPANHA. Ley 13/2005, de 1 de julio. Modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio**. Madrid: Ediciones Académicas, 2005.

MATO-GROSSO. Assembléia Legislativa. **Constituição do Estado do Mato Grosso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 set. 2010.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), 1969. In: GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de direitos humanos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher** (convenção de Belém do Pará), 1994. In: GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de direitos humanos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. In: ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Carta da Nações Unidas**, 1945. In: ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier de. Direito internacional público: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965**. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: instrumentos básicos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: instrumentos básicos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966**. In: ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Coord.). Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: instrumentos básicos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1984.** In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÈS, Cláudia (Coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos.* São Paulo: Atlas, 2002.

PARÁ. Governo do Estado. **Constituição do Estado do Pará.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

PARAÍBA. **Decreto nº 27.604, de 19 de setembro de 2006.** Regulamenta a Lei nº 7.309, de 10 de janeiro de 2003, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 7.309, de 10 de janeiro de 2003.** Proíbe discriminação em virtude de orientação sexual e dá outras providências.

_____. **Situação dos direitos humanos no Estado da Paraíba, Brasil.** Relatório apresentado por ocasião da audiência, realizada em 27 de fevereiro de 2003, durante o 117º período de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, fevereiro, 2004. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/arquivos/Relatorio%20sobre%20Paraiba.doc>>. Acesso em: 22 dez. 2008.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 07 jan. 2009.

SERGIPE. Assembléia Legislativa. **Constituição Estadual de Sergipe.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta de Direitos Fundamentais, 1999.** Disponível em: <http://europa.eu/pol/rights/index_pt.htm>. Acesso em: 05 nov. 2009.

OUTROS DOCUMENTOS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 1994. **Rompamos el silencio**. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual. Madrid: Amnistía Internacional (EDAI), 1994.

_____. Informe 2008. **Amor, odio y ley**. Despenalizar la homosexualidad. Amnistía Internacional (EDAI), 2008. AI: POL 30/003/2008. Disponível em: <<https://doc.es.amnesty.org/>>. Acesso em: 10.02.10.

_____. Informe 2001. **Crímenes de odio, conspiración de silencio**. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual. Amnistía Internacional (EDAI), 2001. Disponível em: <<https://doc.es.amnesty.org/>>. Acesso em: 09.02.10.

ABC DOS GAYS. **Cartilha para desenvolver a auto-estima, cidadania e a promoção de práticas sexuais mais seguras de prevenção da AIDS para homossexuais**. 2. ed. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1996.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Direitos Humanos e Políticas Públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www1.direitos.humanos.gov.br/brasilsem/IConf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de Aids e DST entre Gays, outros Homens que fazem Sexo com Homens (HSH) e Travestis**. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://www2.aids.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais**. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/Pol%C3%ADtica_nacionalLGBT.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de AIDS e outras DST**. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://www2.aids.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

_____. Ministério do Trabalho. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades – teoria e prática**. Brasília: Ministério do Trabalho, Assessoria, 1998.

_____. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

FARIA MELLO, Marco Aurélio Mendes de. **Óptica Constitucional** - a igualdade e as ações afirmativas. Texto extraído de palestra proferida pelo Ministro do STF, em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/novo/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2010.

OBSERVATÓRIO DE SEXUALIDADE E POLÍTICA. **Consulta sobre a aplicação e utilização dos Princípios de Yogyakarta no Brasil**. Realizada na internet de 2 de fevereiro a 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/pt/wp-content/uploads/2009/02/analise-pesquisa-principios-de-yogyakarta-final.pdf>>. Acesso: 21 jan. 10.

ONU. **IV Conferência Mundial da Mulher** (Conferência de Pequim), 1995. In: LINDGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais (IBRI), 2001.

_____. **Conferência Mundial de População e Desenvolvimento** (Cairo, 1994). In: LINDGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais (IBRI), 2001.

_____. **III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância** (Conferência de Durban), 2001. In: CEZÁRIO, Joelma; KOTLINSKI, Kelly; NAVARRO, Melissa (Orgs.). **Legislação e jurisprudência LGBTT**. Brasília: Letras Livres, 2007.

OEA. **AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)**. Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Disponível em: <[http://search.oas.org/pt/default.aspx?k=Resolução%20AG/RES-2435\(XXXVIII-O/08&s=All+Sites\)](http://search.oas.org/pt/default.aspx?k=Resolução%20AG/RES-2435(XXXVIII-O/08&s=All+Sites)>. Acesso em: 13 dez. 2009.

OTTOSSON, Daniel. “**Homofobia do Estado: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo**”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2009. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2009.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. “**Homofobia do Estado:** uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2007. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2007.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009.

_____. “**Homofobia do Estado:** uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo”. International Lesbian and Gay Association – ILGA. Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA-Homofobia_do_Estado_2010.pdf>. Acesso em: 05 out. 2010.

_____. **LGTB World legal rap up survey**, 2006. Disponível em: <http://typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Homosexualitaet/World_legal_wrap_up_survey._november2006.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2009.

1ºS OUTGAMES MUNDIAIS E CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS DE LGBT. 2006, Montreal, Canadá. **Declaração de Montreal**. Disponível em: <<http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/coordenadorias/cads/DeclarationofMontreal.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, julho de 2007. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXOLOGY (WAS). **Declaração dos Direitos Sexuais**. Adotada pelo XIII Congresso Mundial de Sexologia, em 1997, em Valência, Espanha e revisada e adotada posteriormente pela Assembléia Geral da WAS durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong, China, em agosto de 1999. Disponível em: <http://www.ibiss.com.br/dsex_destaque.html>. Acesso em: 01 jan. 2010.

Report Eurobarometer: Discrimination in the EU in 2009. November, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2009.

España, destino gay. Documentos TV. Madrid, RTVE 2, 23 de Junho de 2009. Programa de TV. Disponível em: <<http://www.rtve.es/>>. Acesso em: 11 out. 2009.

HUMAN RIGHTS CAMPAIGN FOUNDATION. **Proyecto Nacional Para Salir del Clóset**. Disponível em: <<http://www.hrc.org/documents/recursos.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

ONU. **Conferência de Direitos Humanos** (Viena, 1993). In: LINDGREN ALVES, José CARDOSO, Fernando Henrique. **Brasil ficou menos perverso, mas racismo persiste, diz FHC**. Veja, São Paulo, 29 de julho de 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/celebridades/brasil-ficou-menos-perverso-mas-racismopersiste-diz-fhc>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

ANEXO A

DECLARAÇÃO Nº A/63/635

Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero

Lida na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, em 18 de dezembro de 2008, no marco dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1. Reafirmamos o princípio da universalidade dos direitos humanos, tal e como estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos cujo 60º aniversário se celebra este ano. Em seu artigo 1, estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

2. Reafirmamos que todas as pessoas têm direito ao gozo de seus direitos humanos sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição, tal como estabelece o artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 2 dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como o artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

3. Reafirmamos o princípio de não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

4. Estamos profundamente preocupados com as violações de direitos humanos e liberdades fundamentais baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero.

5. Estamos, assim mesmo, alarmados pela violência, perseguição, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito que se dirigem contra pessoas de todos os países do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e porque estas práticas solapam a integridade e dignidade daqueles submetidos a tais abusos.

6. Condenamos as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero independente de onde aconteçam, em particular o uso da pena de morte sobre esta base, as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, a prática da tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a detenção provisória ou detenção arbitrárias e a recusa de direitos econômicos, sociais e culturais incluindo o direito à saúde.

7. Recordamos a intervenção apresentada em 2006 diante do Conselho de Direitos Humanos por cinquenta e quatro países, solicitando ao Presidente do Conselho que oferecera uma oportunidade, em uma futura sessão adequada do Conselho, para o debate sobre estas violações.

8. Elogiamos a atenção que a estas questões prestam os titulares de procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos e órgãos de tratados, e os incentivamos a continuar integrando a consideração das violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero dentro de seus mandatos relevantes.

9. Recebemos com aprovação a adoção da resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero” por parte da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos durante sua 38ª sessão em 3 de junho de 2008.

10. Fazemos um chamado a todos os países e mecanismos internacionais relevantes de direitos humanos que se comprometam com a promoção e proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero.

11. Urgimos os Estados a tomar todas as medidas necessárias, em particular medidas legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não sejam, em qualquer circunstância, à base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenções.

12. Urgimos os Estados a assegurar que se investiguem as violações de direitos humanos baseados na orientação sexual ou na identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça.

13. Urgimos os países a assegurar uma proteção adequada aos defensores de direitos humanos, e a eliminar os obstáculos que lhes impedem levar adiante seu trabalho em temas de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero.

Disponível em: <http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html>. Acesso em: 12 out. 10.

ANEXO B

Palestra Brasil sem homofobia?

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO

Brasil sem homofobia?

Palestra proferida no 1º Conferência Internacional de Direitos Humanos GLBT, por ocasião do 1º World Outgames – Montréal 2006, dia 26 de julho de 2006, em Montréal-CANADÁ, pela Desembargadora Maria Berenice Dias, embaixatriz do Brasil no 1º World Outgames.

No Brasil realiza-se a maior parada *gay* do mundo, e isso há 3 anos consecutivos. São Paulo reuniu, no último dia 17 de junho, mais de 2 milhões e meio de pessoas em uma festa linda, marcada pelas cores do arco-íris: símbolo universal da diversidade. Depois do Carnaval, é nossa maior festa em número de participantes.

Em todos os mais de 5.000 Municípios, há alguma entidade em defesa dos direitos humanos atenta ao tema da livre orientação sexual. Entre os movimentos sociais existentes são estes os de maior número. A ABGLBT – Associação Brasileira de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis - congrega mais de 200 entidades. Mas há mais. O programa nacional intitulado “Brasil sem Homofobia” visa a combater a violência e a discriminação contra os homossexuais e a promover a cidadania, atentando à diversidade de gênero. Este é o maior plano de ações governamentais já implantado e envolve todos os setores do governo em todos os níveis: federal, estadual e municipal. O próprio governo federal, inclusive, criou um observatório - do qual tenho o privilégio de fazer parte - que se destina a cobrar a implementação dessas medidas.

Em nível federal, há o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos, e, na maioria dos 26 Estados, existem conselhos visando à implantação de políticas públicas em prol dos direitos à identidade homossexual. O Programa Nacional DST/AIDS destaca-se como exemplo no panorama internacional com o seu programa de combate à AIDS.

Tudo isso leva a crer que o Brasil é o melhor dos mundos: não existe discriminação, reina o primado dos direitos humanos, e é absoluto o respeito às diferenças. No entanto, infelizmente esta não é a realidade do nosso País. Talvez o dado mais chocante seja o fato de não existir nenhuma lei que reconheça direito aos parceiros do mesmo sexo. A omissão é total, mesmo sendo o Código Civil bastante recente, do ano de 2003.

Nada é reconhecido, nem a união civil e muito menos a possibilidade do casamento. Projeto de lei buscando o reconhecimento da parceria civil, do ano de 1995, nunca chegou a ser votado. As reações são violentas. Apesar de o Brasil ser considerado um país católico, a maioria do Congresso Nacional é formada por integrantes de igrejas evangélicas, segmento religioso que tem crescido muito, dispõe de grande poder econômico e vem dominando até os meios de comunicação. Assim, somam-se as forças conservadoras que impedem a aprovação de qualquer lei que busque reconhecer algum benefício à parcela da população alvo de tanta discriminação e preconceito.

Este obstáculo, que vem sendo visto quase como intransponível, tem levado à aprovação de algumas leis, de alcance estadual e municipal, com medidas de repressão a atitudes homofóbicas. Porém, os avanços mais significativos vêm sendo alcançados no âmbito do Poder Judiciário. É por intermédio das decisões judiciais que alguns direitos são reconhecidos. No entanto, o número dessas decisões ainda é escasso.

No ano de 2000, iniciei uma verdadeira cruzada, denunciando o injustificável preconceito contra as uniões que chamei de “homoafetivas” – expressão que mais diz sobre a natureza deste vínculo - na obra que, de forma pioneira, enfrentou os aspectos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo. A partir daí é que a Justiça começou a emprestar visibilidade e reconhecer alguns direitos a *gays* e lésbicas. Por isso, foi principalmente no sul do Brasil - região onde sou magistrada - que surgiram as decisões mais arrojadas e de vanguarda.

Mas a grande dificuldade ainda é abandonar o velho preconceito de ver tais uniões como uma sociedade de fato e as identificar como entidade familiar. Esta mudança se faz necessária, pois alguns direitos só podem ser reconhecidos no âmbito do Direito de Família, tal como direito a alimentos, direito de habitação, direitos previdenciários e, principalmente, direito à herança. Ora, enquanto visualizada como simples sociedade de fato, não se pode falar em família e, via de consequência, em direito sucessório.

O primeiro passo foi afirmar a competência das Varas de Família para julgar as ações envolvendo casais homossexuais. Depois, com o reconhecimento das uniões como uma entidade familiar, foi possível atribuir ao parceiro sobrevivente a condição de herdeiro e conceder-lhe direitos sucessórios.

Recente decisão, também do Tribunal gaúcho, concedeu a adoção dos dois filhos à companheira da mãe adotante. Eles haviam sido adotados por uma das companheiras quando do nascimento, e, após 3 anos, sua companheira obteve na Justiça a adoção de ambos. Esta foi a primeira decisão que no Brasil acabou por reconhecer a possibilidade de adoção por um casal homossexual. Assim, as crianças passaram a ter duas mães, constando o nome de ambas no registro de nascimento.

Algumas ações propostas pelo Ministério Público no âmbito da Justiça Federal dispõem de efeito vinculante, ou seja, asseguram direito a todos. Assim, benefício previdenciário em decorrência da morte do parceiro e auxílio-reclusão, quando o parceiro estiver preso, passaram a ser pagos ao parceiro homossexual em sede administrativa, sem haver a necessidade de se buscar a via judicial. Igualmente a indenização decorrente do seguro obrigatório por morte em acidente de trânsito é deferida sem a necessidade de propor ação judicial.

Decisões sem efeito *erga omnes*, ainda que beneficiem somente as partes, acabam consolidando a jurisprudência, que indica novos rumos e abre caminhos, ainda que de modo vagaroso.

Mas os caminhos trilhados estão abertos - são conquistas que sinalizam novos tempos - e servem de paradigma para que a sociedade saiba o que significa o dogma maior da nossa Constituição Federal, que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana. E não há respeito sem igualdade, sem liberdade. O indispensável é garantir o direito à felicidade, o que todos buscamos e é o que desejo a todos vocês.

Obrigada.

Desembargadora Maria Berenice Dias
magistrada gaúcha, única representante do Brasil no 1º World Outgames Montreal 2006

Cf. REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/pdfsGerados/artigos/3289.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

ANEXO C

UN RIESGO QUE VALE LA PENA TOMAR

Algunas de las decisiones más difíciles e importantes en la vida de las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgéneras están relacionadas al “salir del clóset” – es decir, el decidir vivir abierta y honestamente nuestra orientación sexual o expresión e identidad de género. Nadie te puede decir cuándo o cómo tomar el próximo paso. Es un viaje personal, pero no es uno que debes tomar solo. Sirva esta guía como tu compañera.

Como senadora del estado de Massachusetts, yo salí del clóset públicamente en las páginas del *Boston Globe*, trabajando para proteger las vidas de jóvenes GLBTs a través de un programa seguro de escuelas. Después de haber salido del clóset, el primer evento público que asistí fue un evento de veteranos, donde compartí el escenario con varios veteranos mayores, a muchos de ellos ya les había conocido a través de los años.

Preparándome para un rechazo público, hice lo que siempre hago y fui a saludarles y a darles la mano. El primero me miró a los ojos, me tomó de la mano firmemente y dijo, “Bien hecho, estoy orgulloso de ti.” Todos me trataron muy bien, y así ha sido el 99 por ciento de las personas en los años siguientes.

Sé que todos tenemos experiencias diferentes y que el salir del clóset todavía es un riesgo para muchas personas GLBTs. Pero también sé que salir del clóset es un riesgo que vale la pena tomar porque es una de las cosas más poderosas que cualquiera de nosotros puede hacer. Hasta ahora no he conocido a nadie que se haya arrepentido de haber decidido vivir su vida honestamente. A nadie se le debe negar el derecho de vivir completamente como un ser humano por su orientación sexual o expresión e identidad de género.

Las encuestas han mostrado que las personas que conocen a alguna lesbiana o gay son mucho más probables a apoyar los derechos iguales para todas las personas gays. Es igualmente cierto para personas que conocen alguien bisexual o transgénero. Es por eso que mientras el salir del clóset puede ser un solo paso en la vida de alguien gay, lesbiana, bisexual o transgénero, este contribuye a un gran paso para todas las personas GLBTs.

Pero ya que estás fuera del clóset, no te detengas allí. Tenemos que hablar con nuestros familiares, amigos, vecinos y compañeros de trabajo sobre la discriminación que enfrentamos en nuestras vidas diarias. Tenemos que educar a los demás — en nuestra mesa de cocina, en la mesa de cocina de nuestros padres y cuando tomamos la merienda en el campo. Ellos son las personas que más nos aman. Son nuestros aliados en la lucha por la igualdad. Si no les hablamos sobre el impacto que tiene la discriminación en nuestras vidas, les negamos injustamente la oportunidad de luchar con nosotros. Si la gente no sabe que la discriminación existe, seguirá sin parar.

Usted, y todos nosotros, merecemos más que eso.

Cheryl A. Jacques

Presidenta, Human Rights Campaign (Campaña de Derechos Humanos)

Fonte: HUMAN RIGHTS CAMPAIGN FOUNDATION. **Proyecto Nacional Para Salir del Clóset.** Disponível em: < <http://www.hrc.org/documents/recursos.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

ANEXO D

PUBLICADO DIÁRIO OFICIAL
DESTA DATA

Em, 14/01/2003



ESTADO DA PARAÍBA

LEI N.º 7.309 DE 10 DE JANEIRO DE 2003

**Proíbe discriminação em virtude de
orientação sexual e dá outras
providencias.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA:

Faço saber que o Poder Legislativo decreta e eu sanciono a seguinte Lei;

Art. 1º - É proibida qualquer forma de discriminação ao cidadão com base em sua orientação sexual.

§ 1º - Para efeito desta Lei, a liberdade de orientação sexual compreende a forma pela qual o cidadão expressa abertamente seus afetos, a maneira que se relaciona emocional e sexualmente com pessoas do mesmo sexo ou oposto, sejam eles homossexuais masculino ou feminino, independente de seus trajes, acessórios, postura corporal, tonalidade de voz ou aparência.

§ 2º - Para efeito desta Lei, entende-se por discriminação qualquer ato ou omissão que caracterize constrangimento, proibição de ingresso ou permanência, exposição a situação vexatória, tratamento diferenciado, cobrança de valores adicionais ou preterimento no atendimento.

Art. 2º - Constitui ato de discriminação em razão da orientação sexual, dentre outros:

I - impedir ou dificultar o acesso, recusar atendimento usuário, cliente ou comprador, em estabelecimentos públicos ou particulares;

II - recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno/a em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau;

III - impedir o acesso nas escadas ou elevadores sociais de edifícios privados ou públicos;

IV - impedir o acesso ou uso de transportes objeto de concessão ou permissão pública.





ESTADO DA PARAÍBA

V – negar ou dificultar o aluguel ou aquisição de imóveis;

VI – recusar, dificultar ou preterir atendimento médico ou ambulatorial em hospitais da rede pública ou privada;

VII – recusar, dificultar ou preterir a doação de sangue, em bancos de sangue da rede pública ou privada;

VIII – praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito com base na orientação sexual;

IX – fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que incite ou induza a discriminação, o preconceito, o ódio e a violência com base na orientação sexual;

X – negar emprego, demitir sem justa causa, impedir ou dificultar a ascensão profissional na iniciativa pública ou privada;

XI – impedir ou obstar o acesso de alguém devidamente habilitado a qualquer cargo da administração direta e indireta do Estado e das concessionárias de serviços públicos estaduais;

XII – exigir a realização de teste anti-HIV como pré-requisito a participação em concurso público e/ou seleção de recursos humanos por empresa privada.

Art. 3º - É vedada à administração estadual, direta e indireta, a contratação de empresas que reproduzam as práticas discriminatórias relacionadas nesta Lei.

Art. 4º - A prática de qualquer ato discriminatório sujeita o infrator às seguintes sanções:

– multa;

II suspensão temporária do alvará ou autorização de funcionamento;

III – cassação do alvará ou autorização de funcionamento. 



ESTADO DA PARAÍBA

Art. 5º - Na aplicação de multa, será levada em consideração a capacidade econômica do estabelecimento infrator.

Parágrafo único – Quando associado a atos de violência ou outras formas de preconceito baseada na raça ou cor, gênero, portadora de necessidades especiais, convicção religiosa ou política e condição social ou econômica, a multa será triplicada devendo ser aplicada conjuntamente a suspensão temporária do funcionamento.

Art. 6º - Os casos de comprovada reincidência implicará na punição máxima, isto é, a cassação definitiva do alvará de funcionamento.

Art. 7º - Num prazo de 90 (noventa) dias, a contar de sua publicação, o Poder Executivo Estadual regulamentará a presente Lei, de modo a abordar, no mínimo, os seguintes dispositivos:

I – Indicação do(s) órgão(s) estadual(is) e municipal(is) com competência para acolher as denúncias de infração;

II – Procedimentos na forma de processo administrativo para apuração das denúncias, inclusive quanto a prazos e tramitação;

III – Critérios de punição, tais como: valores de multa, formas e prazos de recolhimento e anúncio público das sanções;

IV – Destinar o valor da multa para Organizações Não Governamentais (ONG's) que tratem de questões relacionadas com a discriminação da vítima;

V – Garantia de ampla defesa aos acusados por denúncia;

VI – Campanha de divulgação e conscientização no âmbito dos órgãos públicos estaduais e municipais, a funcionários e contribuintes, do teor desta Lei e sua regulamentação.

Art. 8º - As autoridades oficiadas não poderão recusar-se a determinar a abertura de processo administrativo sempre que a denúncia for apresentada por meio de requerimento escrito ao órgão Estadual ou Municipal definido pela regulamentação, sob pena de responsabilidade funcional.

P



ESTADO DA PARAÍBA

Parágrafo único – Tal requerimento poderá ser apresentado por qualquer pessoa ou Organização Não Governamental (ONG), mesmo que o requerente não tenha ido a pessoa diretamente prejudicada pelo ato discriminatório.

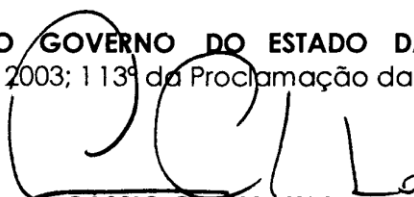
Art. 9º - Ficando constatada a incitação ao ódio e a violência, a autoridade pública deverá comunicar o ocorrido à autoridade policial e ao Ministério Público para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Art. 10 – No caso de produção de materiais com caráter discriminatório, o órgão público deverá realizar a apreensão dos mesmos e, quando considerado procedente a denúncia, a destruição de tais materiais.

Art. 11 - Esta Lei entra em vigor a data de sua publicação.

Art. 12 – Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA, em João Pessoa, 10 de janeiro de 2003; 113ª da Proclamação da República



CASSIO CUNHA LIMA
Governador

Disponível em: <http://200.164.109.133:8081/sapl_documentos/norma_juridica/7125_texto_integral>. Acesso em: 05 out. 2008.

ANEXO E

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA, em João Pessoa, 19 de setembro de 2006; 118º da Proclamação da República.

DECRETO Nº 27.604 , DE 19 DE SETEMBRO DE 2006 **Regulamenta a Lei nº 7.309, de 10 de janeiro de 2003, e dá outras providências.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 86, inciso IV, da Constituição do Estado, e em atendimento ao estabelecido no art. 7º da Lei nº 7.030, de 10 de janeiro de 2003, e alterações, D E C R E T A:

Art. 1º As pessoas jurídicas, por ação de seus proprietários, prepostos ou empregados, no efetivo exercício de suas atividades profissionais, e as pessoas físicas que praticarem atos de discriminação contra indivíduos ou grupos em razão da orientação sexual desses indivíduos ou grupos ficam sujeitas às seguintes punições:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão temporária do alvará ou autorização para funcionamento;

IV – cassação do alvará para funcionamento.

§ 1º A punição prevista no inciso I do *caput* deste artigo, quando aplicada a Servidor Público, deverá ser inscrita na respectiva ficha funcional.

§ 2º A multa terá valor entre R\$ 1.000,00 (Um mil reais) e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e obedecerá à seguinte graduação:

I – R\$ 1.000,00 (Um mil reais) – quando da primeira reincidência dos atos previstos nos incisos I a III do art. 2º da Lei 7.309/03 ou na prática inicial de qualquer dos atos previstos nos incisos IV a XII do art. 2º da Lei 7.309/03, a critério da Comissão Especial prevista no art. 8º deste Decreto;

II – R\$ 2.000,00 (dois mil reais) – quando da primeira reincidência dos atos previstos no inciso IV e V do art. 2º da Lei 7.309/03;

III – R\$ 3.000,00 (três mil reais) – quando da primeira reincidência dos atos previstos nos incisos VI e VII;

IV – R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) – quando da primeira reincidência dos atos previstos nos incisos VIII, IX, XI e XII do art. 2º da Lei 7.309/03;

V – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – quando da primeira reincidência dos atos previstos no inciso X do art. 2º da Lei 7.309/03.

§ 3º Anualmente, Decreto do Governador do Estado atualizará, segundo a variação do índice de correção da Unidade Fiscal de Referência da Paraíba – UFRPB, os valores da multa definida neste artigo.

§ 4º A reincidência da prática de atos de discriminação em razão da orientação sexual implica a ampliação da punição aplicada anteriormente, dobrando-se o valor da multa aplicada anteriormente até o seu valor máximo.

§ 5º A reincidência pelo servidor público da prática de atos de discriminação em razão da orientação sexual é considerada falta funcional grave punível com demissão, observado o devido processo legal.

§ 6º Nos casos em que, pela natureza do serviço prestado pelo estabelecimento, não for conveniente ao interesse público a aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV, a multa estabelecida será aplicada em dobro a cada ocorrência.

§ 7º Quando a infração estiver associada a atos de violência ou outras formas de discriminação ou preconceito, conforme a da Lei 7.309, no Art. 5º e seu Parágrafo Único, não será aplicada a pena de advertência, devendo a punição ser fixada entre as demais sanções previstas no art. 3º deste Decreto.

§ 8º As sanções previstas no *caput* deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente, de acordo com a gravidade da infração.

§ 9º Ao infrator, é assegurado o direito à ampla defesa.

Art. 2º Os valores pecuniários recolhidos na forma do inciso II do art. 1º deste Decreto serão recolhidos ao Fundo Especial de Segurança Pública, em conta corrente especialmente aberta para esse fim, denominada “FESP - Combate à Homofobia”.

Parágrafo Único. Os recursos depositados na conta corrente “FESP-Combate à Homofobia” serão destinados a organizações não-governamentais que tratem de questões relacionadas com a discriminação da vítima para a realização de projetos de ações de apoio a vítimas, divulgação e difusão dos conteúdos da Lei 7.309/03, em campanhas publicitárias e educativas, e a distribuição dos recursos entre tais entidades far-se-á através de editais de concorrência organizados, processados e julgados pela Comissão Especial prevista no art. 8º deste Decreto.

Art. 3º A punição aplicada e sua gradação serão fixadas em decisão fundamentada, tendo em vista a gravidade da infração, sua repercussão social e a reincidência do infrator.

Art. 4º Se, ao término do procedimento administrativo, a Comissão Especial de que trata o art. 8º deste Decreto concluir pela existência da infração, deverá, conforme o caso, aplicar a multa cabível, publicar no Diário Oficial do Estado sua decisão e encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público Estadual para os devidos fins.

Parágrafo único. No caso de produção de material gráfico, a Comissão Especial deverá proceder conforme o art. 10 da Lei Estadual 7.309, de 10 de janeiro de 2003.

Art. 5º A pessoa jurídica de direito público que, por ação de seu dirigente, preposto ou empregado no efetivo exercício de suas atividades profissionais, praticar algum ato previsto no art. 2º da Lei 7.309/03 fica sujeita, no que couber, às sanções previstas no art. 1º deste Decreto.

Parágrafo único. O infrator, quando agente do poder público, terá a conduta averiguada por meio de procedimento administrativo instaurado por órgão competente, sem prejuízo das sanções penais e cíveis cabíveis.

Art. 6º O procedimento administrativo será iniciado pela Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social – SEDS, mediante requerimento por escrito:

I – da vítima ou de seu representante legal;

II – de qualquer pessoa ou Organização Não-Governamental, mesmo que o requerente não tenha sido a pessoa diretamente prejudicada pelo ato discriminatório.

Art. 7º A Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social – SEDS poderá celebrar termos de cooperação com Prefeituras Municipais, visando a facilitar o encaminhamento de denúncias provenientes do interior do Estado da Paraíba.

Art. 8º Fica instituída, na estrutura da Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social – SEDS, Comissão Especial designada pelo Secretário de Estado da Segurança e da Defesa Social, incumbida de:

I – receber denúncia de manifestação de discriminação, coação e atentado contra os direitos da pessoa em razão de sua orientação sexual praticada por pessoa física, dirigente, preposto ou empregado de pessoa jurídica de direito público ou privado, no exercício de suas atividades profissionais;

II – instaurar e conduzir o procedimento administrativo para a apuração das denúncias de que trata o inciso anterior, tendo como prazo máximo para publicação da decisão trinta dias, a contar da data do recebimento da denúncia, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período, mediante solicitação do Presidente da Comissão Especial ao Secretário de Estado da Segurança e da Defesa Social;

III – aplicar as penalidades previstas no art. 1º deste Decreto;

IV – realizar editais entre as Organizações Não-Governamentais para utilização dos recursos arrecadados;

IV – elaborar o seu regimento interno.

Art. 9º A Comissão Especial será acompanhada por um Conselho Consultivo composto por 5 (cinco) membros, sendo:

I – 2 (dois) escolhidos entre os membros do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão;

II – 2 (dois) escolhidos em eleição direta por entidades representativas do movimento homossexual, sendo 1 (um) representante de João Pessoa e região metropolitana e 1 (um) representante do interior do Estado da Paraíba;

III – 1 (um), com a função de coordenador, indicado pela Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social – SEDS.

§ 1º O Conselho Consultivo se reunirá mensalmente para acompanhamento dos prazos nos processos instaurados, além de contribuições para a Comissão Especial.

§ 2º Os membros do Conselho Consultivo não serão remunerados e terão suplentes que os substituirão nos impedimentos.

§ 3º Os membros do Conselho Consultivo, conjuntamente com os seus suplentes, terão mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução.

Art. 10. As decisões da Comissão Especial serão tomadas na forma de seu regimento interno e das disposições deste Decreto.

Art. 11. Das decisões da Comissão Especial caberá recurso ao Secretário de Estado da Segurança e da Defesa Social.

Art. 12. A execução da penalidade caberá:

I – À Comissão Especial, no caso de advertência e multa;

II – Ao órgão público competente, no caso dos incisos III, IV, V, VI e VII do art. 1º.

Art. 13. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA, em João Pessoa, 19 de setembro de 2006; 118º da Proclamação da República.

Disponível: <<http://www.abglt.org.br/port/leiest7309.html>>. Acesso em 27 fev. 2009.

ANEXO F

Projeto de Lei 5.003, de 2001

(Deputada Iara Bernardi.)

Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º A qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal.

Art. 2.º Para os efeitos desta Lei são atos de discriminação impor às pessoas, de qualquer orientação sexual, e em face desta, as seguintes situações:

I - constrangimento ou exposição ao ridículo;

II - proibição de ingresso ou permanência;

III - atendimento diferenciado ou selecionado;

IV - preterimento quando da ocupação de instalações em hotéis ou similares, ou a imposição de pagamento de mais de uma unidade;

V - preterimento em aluguel ou locação de qualquer natureza ou aquisição de imóveis para fins residenciais, comerciais ou de lazer;

VI - preterimento em exame, seleção ou entrevista para ingresso em emprego;

VII - preterimento em relação a outros consumidores que se encontrem em idêntica situação;

VIII - adoção de atos de coação, ameaça ou violência.

Art. 3.º A infração aos preceitos desta Lei sujeitará o infrator às seguintes sanções:

I - inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

II - acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

III - isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data de aplicação da sanção.

Art. 4.º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 5.º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Fonte: DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**.4.ed.São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

ANEXO G

Projeto de Lei 122, de 2006

(Originário do Projeto de Lei da Câmara 5.003/2001, tramita no Senado.)
Altera a Lei 7.716, de 05.01.1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3.º do art. 140 do Dec.-lei 2.849, de 07.12.1940 - Código Penal, e ao art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.-lei 5A52, de 01.05.1943, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta Lei altera a Lei 7.716, de 05.01.1989, o Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 - Código Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.-lei 5.452, de 01.05.1943, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Art. 2.º A ementa da Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar com a seguinte redação: "Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero."

Art. 3.º O *caput* do art. 1.º da Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1.º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero."

Art. 4.º A Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4.º-A:

"Art. 4.º-A Praticar o empregador ou seu preposto atos de dispensa direta ou indireta: "Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 5.º Os arts. 5.º, 6.º e 7.º da Lei 7.716, de 05.01.1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5.º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou a permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público: "Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

"Art. 6.º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir, em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional: "Pena - reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

"Parágrafo único. (Revogado).

"Art. 7o Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares:

"Pena - reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos."

Art. 6.º A Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7.º-A:

"Art. 7.º-A Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou o empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade:

"Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 7.º A Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 8.º-A e 8.º-B:

"Art. 8.º-A Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1.º desta Lei:

"Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

"Art. 8.º-B Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs:

"Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 8.º Os arts. 16 e 20 da Lei 7.716, de 05.01.1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16. Constituem efeito da condenação:

"I - a perda do cargo ou função pública, para o servidor público

"II - inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

"III - proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

"IV - vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária;

"V - multa de até 10.000 (dez mil) UFIR, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, levando-se em conta a capacidade financeira do infrator;

"VI - suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a 3 (três) meses.

"§ 1.º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação.

"§ 2.º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais, será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão.

"§ 3.º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de 12 (doze) meses contados da data da aplicação da sanção.

"§ 4.º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação.

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

"§ 5.º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica."

Art. 9.º A Lei 7.716, de 05.01.1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-A e 20-B:

"Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e penal, que terá início mediante:

"I - reclamação do ofendido ou ofendida;

"II - ato de ofício de autoridade competente;

"III - comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.

"Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos desta Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção dos direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

"§ 1.º Nesse intuito, serão observadas, além dos princípios e direitos previstos nesta Lei, todas as disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

"§ 2.º Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil."

Art. 10. O § 3.º do art. 140 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940- Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 140. [...] "§ 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

"Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa".

Art. 11. O art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Dec.-lei 5.452, de 01.05.1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art.5.º[...]

"Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do *caput* do art. 7.º da Constituição Federal."

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Fonte: DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.**4.ed.São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

ANEXO H

MI NOMBRE ES HARVEY MILK

Activista gay. Amigo. Amante. Político. Luchador. Icono. Héroe. Su vida cambió la historia y su coraje cambió muchas vidas.

En 1977, Harvey Milk fue elegido concejal del Ayuntamiento de San Francisco, convirtiéndose en el primer homosexual reconocido en ocupar un cargo público. No sólo significó una victoria para los derechos de los gays, al crear coaliciones con grupos de todas las edades y clases sociales, logró cambiar la imagen del defensor de los derechos civiles. Pero siete años antes, su carrera política comenzaba de forma más turbulenta cuando, junto a su compañero Scott Smith, se mudó a San Francisco decidida a cambiar de vida. Allí, entre un clima de represión y violencia, montó una pequeña tienda de fotografía y, con el apoyo de muchos de sus amigos y vecinos del barrio Castro, decidió hacer oír su voz.

Fue entonces cuando, gracias a su inquestionable carisma y eterno sentido del humor, empezó una larga campaña hacia el gobierno municipal. Aquella prona se convirtió en un auténtico movimiento social que, desgraciadamente, también se cobró un precio en sus relaciones y su vida personal. Así, su lucha contra la Proposición 6, que favorecía el despido de profesores gays, le llevaría a ganarse el apoyo de gente a la larga y ancho del país, pero también a enfrentarse a numerosas figuras públicas. Entre ellos su propio compañero en el ayuntamiento, Dan White, de quien nadie sospechaba que llevaría al extremo su rabia por todo lo que simbolizaba Harvey Milk.

De los productores ganadores del Oscar® por "American Beauty" y el director nominado por "El Indomable Will Hunting", nos llega la película más poderosa y emotiva del año. Un apasionante vistazo a la trágica pero inspiradora vida de toda una figura histórica. **MI NOMBRE ES HARVEY MILK** viene avalada por la aclamada interpretación de Sean Penn (Oscar® al Mejor Actor por "Mystic River") junto a un excelente reparto de secundarios.

Una película sincera y actual sobre aquellos que se atreven a marcar la diferencia... y lo que ganamos con ello los demás.

FICHA ARTÍSTICA
Harvey Milk: SEAN PENN • Scott Smith: JAMES FRANCO
Cleve Jones: EMILIE HIRSCH • Dan White: JOSH BROLIN
Jack Lira: DIEGO LUNA • Anne Kronenberg: ALISON PILL
Alcalde Moscone: VICTOR GARBER

FICHA TÉCNICA
Dirección: GUS VAN SANT
Guión: DUSTIN LANCE BLACK
Productores: DAN JINKS & BRUCE COHEN
Nacionalidad: EE.UU. • Duración: 128 Min.

www.cinesvandyck.com

SEAN PENN MI NOMBRE ES HARVEY MILK

EMILIE HIRSCH JOSH BROLIN DIEGO LUNA JAMES FRANCO

MI NOMBRE ES HARVEY MILK

Sean Penn podría conseguir el segundo Oscar de su carrera por su trabajo en esta película sobre la vida y muerte de Harvey Milk, política que abandonó la lucha por los derechos de los homosexuales.

La idea de llevar la vida de Harvey Milk a gran pantalla se remontó 15 años atrás. Por entonces, Oliver Stone trabajó en el proyecto con Robin Williams en mente para el papel protagonista, el primer hombre gay reconocido en ocupar un cargo público. Luego fue Bryan Singer quien se interesó en adaptar el libro de Randy Shilkin, *The Mayor of Castro Street*, título que hace alusión al barrio de San Francisco donde Milk creció en su juventud y desde donde se preparó para llegar a concejal del Ayuntamiento de San Francisco. Pero finalmente la idea fue de Gus Van Sant, el director que ha consagrado en película la historia de este activista gay y ahora pasa a los estudiantes que recién se acaban de formar en 1978 junto con el alcalde de la ciudad George Moscone. Ambos fueron atacados por Dan White, un portuario de origen vietnamita recién llegado al Ayuntamiento de la ciudad. Sean Penn es Milk, Victor Garber (de la serie *Alias*) interpreta a Moscone y Josh Brolin (el actor del año por su trabajo en *No es país para viejos*, *En el Valle de Elah*, *Platoon* y *American Gangster*) se mueve en la piel de hombre que los mató. Resulta, por cierto, un acierto de interpretar a los asesinos de Oliver Stone a George W. Bush en *W*, un detalle que muchos han querido ver como una muestra del viejo amor de Sean Penn.

electivamente, este cineasta natural de Kentucky siempre ha sido amigo de la provocación. Contrató a River Phoenix y Keanu Reeves en un par de chaparros en *My Own Private Idaho*. Nicole Kidman siempre ha dicho que debe su carrera porque apostó por ella en *Tal vez un verano*, cuando había a los más puristas con el título de *La noche de la Palma de Oro* en Cannes con *Elphant*, reconstrucción seca y comentada de la memoria del mítico Calixto Bieze, y se atrevió a hablar con las últimas horas de vida de Kurt Cobain en *Last Days*. Si, aunque *El Indomable Will Hunting* es su película más convencional y más acorde con las normas de Hollywood, lo cierto es que Milk puede darle por fin el reconocimiento que se merece. La película recoge los últimos ocho años de la vida de Harvey Milk, está rodada íntegramente en San Francisco y basada en un guión original de Dustin Lance Black, que en vez de hacerse con los derechos de los numerosos libros sobre Milk que hay publicados, decidió documentarse. Al mismo tiempo, el Martin Luther King de los gays, como se le conocía, cuando por completo al siempre comprometido Penn, «me enamoré de Harvey, de su persona, de su espíritu como ser humano». Y es que como dice el productor Michael London, «Milk fue un líder extraordinario para grandes Estados. No había muchos como él entonces, y tampoco los hay ahora. Pocos veces se tiene la oportunidad de participar en una historia tan poderosa con amigos del calibre de Sean Penn y James Franco». **Emilie Hirsch** (*Spinal Tap*), **James Franco** (*Spinal Tap*) y el mexicano **Diego Luna** (*Los que se van*) completan el reparto interpretando a algunos de los chicos que se movían en el círculo de Milk.

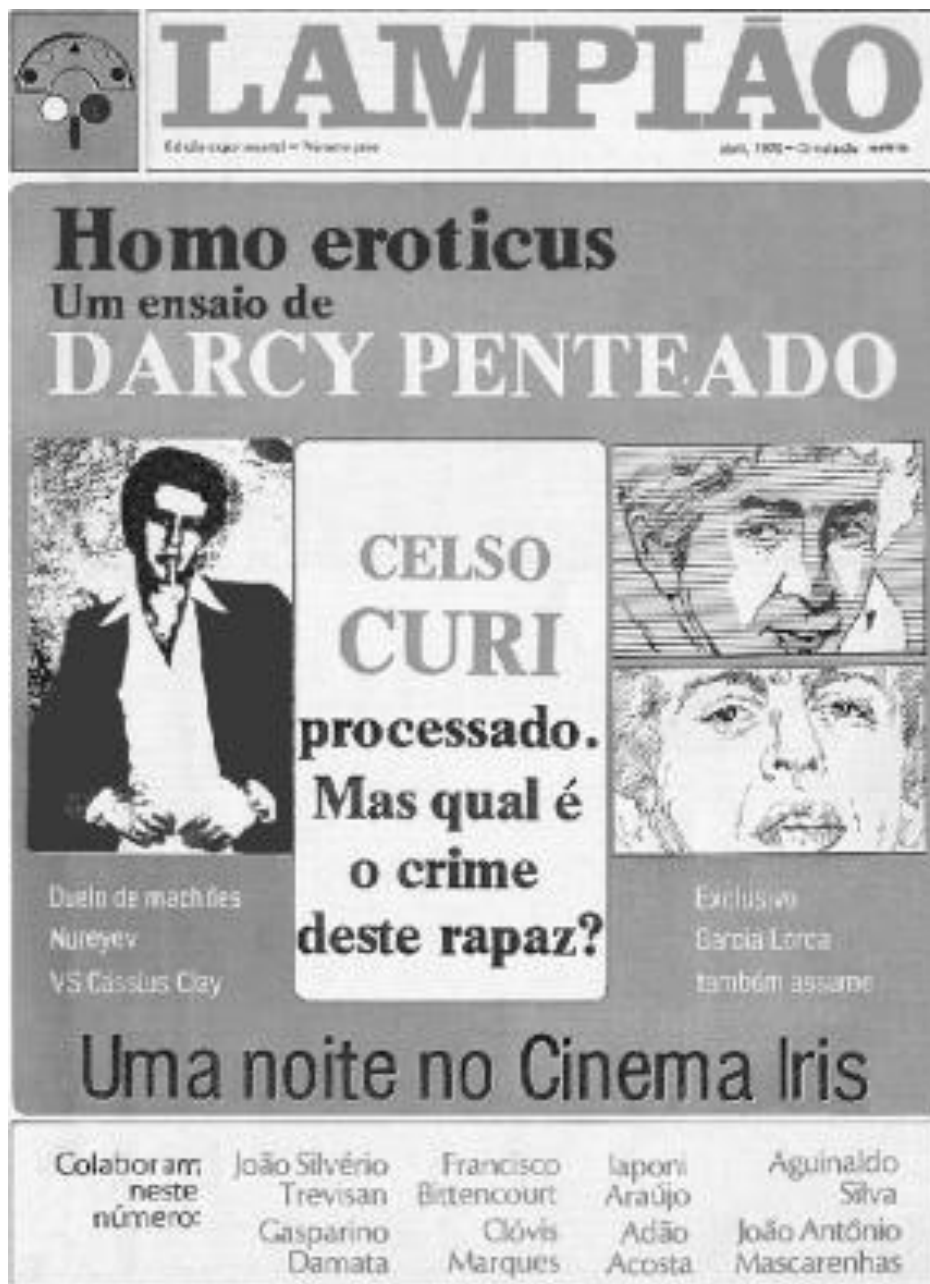
www.cinesvandyck.com

ESCRITA POR DUSTIN LANCE BLACK Y DIRIGIDA POR GUS VAN SANT

SU HISTORIA CAMBIO MUCHAS VIDAS

www.harveymilk.es

ANEXO I



Capa da edição experimental, do número 0, do jornal *Lampião*, de abril de 1978, publicado no Rio de Janeiro (no AEL, periódico brasileiro J/0393). Banco de Imagens/AEL/UNICAMP