

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Matheus William Santos Rego Bettin

MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL: Retrato jurídico-social

Taubaté -SP

2019

Matheus William Santos Rego Bettin

MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL: retrato jurídico-social

Trabalho de Graduação apresentado para a obtenção do diploma de Bacharel pelo curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direitos Humanos
Orientador(a): Prof. MSc. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak

**Taubaté - SP
2019**

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

B565m Bettin, Matheus William Santos Rego
Minorias sexuais no Brasil : retrato jurídico-social / Matheus William
Santos Rego Bettin -- 2019.
51 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Profa. Ma. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Populações vulneráveis - Brasil. 3
Minorias sexuais - Direitos fundamentais - Brasil. 4. Direitos sociais -
Brasil. 5. Dignidade (Direito). I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 342.1(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

MATHEUS WILLIAM SANTOS REGO BETTIN

MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL: retrato jurídico-social

Trabalho de Graduação apresentado para a obtenção do diploma de Bacharel pelo curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Orientador(a): Prof. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak.

DATA: _____

RESULTADO: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. (Dr. ou Me.) (XXXXXXXXXXXXXXXXXX)

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Assinatura: _____

Prof. (Dr. ou Me.) (XXXXXXXXXXXXXXXXXX)

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

À minha família que sempre teta me ajudar no que pode e sempre será meu alicerce. Aos meus amigos que sempre estão me apoiado e me auxiliado quando minha família não pode, especialmente a Fernanda Capeleti, a Milene Minário e a Bruna Rafaela que tiveram papel especial a desenvolvura do presente trabalho.

Obrigado a todos!

AGRADECIMENTOS

Aos professores Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso (Guga), Daniel Estefano Santos, André Luiz Da Silva e Cesar Augusto Eugenio que marcaram minha passagem pela Universidade e certamente minha vida.

A minha professora e orientadora Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak, pela paciência, por entender minhas dificuldades, por acreditar na minha pesquisa, por sua habilidade e sabedoria, nas medidas certas que me auxiliaram e permitiu a conclusão desse trabalho.

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

Bertolt Brecht

RESUMO

As minorias sexuais, assim como as demais minorias, são grupos oprimidos oriundos de sociedades complexas no qual há grande desigualdade social. Contudo, no caso das minorias sexuais, a opressão decorre da sexualidade. Configurado durante um longo processo histórico para sua marginalização, além de outro processo histórico para a desconstrução desses padrões sociais e atingir uma equidade. O objetivo deste trabalho é mostrar como surgem esses grupos, os problemas ocasionados pela opressão no Brasil e os mecanismos utilizados pelo Direito pátrio a fim de alcançar tal equidade. Para a confecção desse conteúdo foram feitas extensas pesquisas bibliográficas em, doutrina, jurisprudência, dados obtidos em órgãos governamentais que tratam sobre o tema e, principalmente, por artigos científicos. Como resultado, foi possível perceber o quão a causa LGBTQI+ está próxima da causa feminista por terem como origem o machismo. Além de como outras lutas sociais foram, e são, importantes para legitimar direitos, principalmente a luta contra o racismo, que foi precursora de várias ideologias e conceitos, inspirando as demais causas. Portanto, conclui-se que perseguição desses grupos por valores arcaicos, não são sustentáveis para a preservação da sociedade atual. Devendo então o Direito, na figura do Estado, intervir nas relações sociais, geralmente, através do Poder Judiciário, uma vez que o Poder Legislativo, a quem possui a competência originária para tal, é omissor.

Palavras-chave: sociedade; sexualidade; direito.

ABSTRACT

Sexual minorities, like other minorities, are oppressed groups from complex societies in which there is great social inequality. However, in the case of sexual minorities, oppression stems from sexuality. Configured during a long historical process for its marginalization, as well as another historical process for the deconstruction of these social patterns and achieving equity. The aim of this paper is to show how these groups emerge, the problems caused by oppression in Brazil and the mechanisms used by homeland law in order to achieve such equity. For the preparation of this content, extensive bibliographic researches were done on doctrine, jurisprudence, data obtained from government agencies dealing with the subject and, mainly, by scientific articles. As a result it was possible to realize how close the LGBTQI+ cause is to the feminist cause because they originate from machismo. In addition to how other social struggles were, and are, important to legitimize rights, especially the fight against racism, which was the precursor of various ideologies and concepts, inspiring the other causes. Therefore, it is concluded that persecution of these groups for archaic values are not sustainable for the preservation of today's society. Thus, the law, as a state, should intervene in social relations, generally, through the judiciary, since the legislative branch, to which it has the original competence to do so, is silent.

Keywords: society; sexuality; right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DO DIREITO DAS MINORIAS	11
2.2 Histórico	14
3 EVOLUÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO	19
3.1 Da Constituição Federal	19
3.1.1 Dignidade da pessoa Humana	20
3.1.2 Igualdade	22
3.1.3 Liberdade	24
3.2 Do Direito Civil	26
3.2.1 Direito de Família	26
3.2.2 Direitos Reprodutivos	29
3.2.3 Direito a Sexualidade	30
4 DO DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS	36
4.1 Tratados Internacionais	36
4.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).....	36
4.1.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica - 1969).....	37
4.1.3 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	37
4.1.4 A Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação sexual e Identidade de Gênero (2008).....	38
4.2 Direito Comparado	39
5 CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A marginalização de grupos sociais é um fato comum decorrente de sociedades com elevado índice de desigualdade e com isso surgem vários problemas para o Estado. Nesse contexto encontram-se as minorias sociais como um dos grupos vulneráveis ou hipossuficientes, assim chamados juridicamente.

Esse estudo visa, além de desenvolver Trabalho de Graduação para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito, expor um problema que não tem visibilidade no Congresso Nacional e como isso afeta a vida das pessoas. Demonstrar as soluções que nosso Ordenamento jurídico possui para resolver esses problemas.

A importância desse estudo se refere ao reconhecimento jurídico que as minorias sociais vêm adquirindo com o passar dos anos e como isso influencia para a legitimação de direitos fundamentais. Muito embora esse tema tenha ganhado destaque após a Primeira Guerra Mundial, com o sistema desenvolvido pela Liga das Nações, a necessidade de tal proteção já havia sido sentida muitos séculos antes. Mesmo no mundo contemporâneo há grande discriminação, o que ocasiona diversos problemas, sendo o mais grave a violência.

A falta de legitimidade de direitos fundamentais pelo Poder Legislativo faz com que os outros Poderes intervenham, principalmente o Poder Judiciário que toma as medidas cabíveis para trazer a essas pessoas o que se espera do Estado Democrático de direito.

Essa problemática advém de um contexto histórico do desenvolvimento das sociedades pelo mundo, assim como no Brasil, que não seria diferente. Onde se passaram séculos para entender como surgem as minorias e de onde vem a discriminação, bem como os mecanismos utilizados pelo estado para equilibrar essas desigualdades.

Para tanto, utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, pelo método dialético, adotando-se como procedimento a pesquisa bibliográfica pautada na legislação pátria, constitucional e infraconstitucional, na doutrina e jurisprudência,

assim como, na legislação internacional, verificando o posicionamento de outros países diante do presente tema.

Assim sendo, o estudo estrutura-se em quatro seções. A primeira, embasando a presente pesquisa, abordará as noções e conceitos introdutórios bem como o teor histórico das minorias sexuais.

Na segunda seção, serão abordados os institutos jurídicos nacionais. Como a Constituição garante a esse grupo proteção pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os principais direitos decorrentes, tais como igualdade e liberdade.

Por fim, na quarta seção, tratar-se-á do plano internacional, dos tratados internacionais que garantem os direitos fundamentais para as minorias sexuais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DO DIREITO DAS MINORIAS

2.1 Conceitos Introdutórios: Minorias e Minorias Sexuais

A expressão minoria é conceituada de várias formas distintas entre a literatura jurídica e as Ciências Sociais (BAYLÃO, 2000, p. 209), é um fenômeno comum de sociedades complexas, onde existe elevado grau de diferenciação social e muitas vezes tornam-se grupos socialmente vulneráveis (BAYLÃO, 2000, p. 221).

Para a semântica, o termo minoria significa inferioridade em número. Sociologicamente falando, minoria se trata de um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado ou um grupo em posição não dominante, cujos membros possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população. Já a minoria sexual é uma subcategoria dentro da ideia de minoria, portanto também considerada um grupo vulnerável, no qual a opressão de seus integrantes se dá pela sexualidade (MORENO, 2009, p. 151-152).

Esses conceitos passaram a ter importância após a Segunda Guerra Mundial, mesmo período que se fez necessário discutir a importância dos Direitos Humanos. Desse modo, em 1948 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), essa declaração tem como destinatários todos os seres humanos, a fim de garantir dignidade de maneira genérica e universal, independente do grupo, independente do indivíduo. A partir dessa iniciativa surgem os direitos humanos das mulheres (MATTAR, 2008, p. 63-64).

De acordo com Raul Di Sergi Baylão (2000, p. 220), minoria não faz alusão a quantidade, número de indivíduos de um grupo de uma sociedade, pois há casos em que os grupos considerados minoritários podem constituir-se em uma maioria numérica.

Por esse motivo a definição se baseia em “relações de violência econômica, simbólica e material que se estabelecem, historicamente, entre dois grupos, relações estas que caracterizarão a opressão de um grupo por outro” (BAYLÃO, 2000, p.

220). Portanto há uma “distribuição desigual de poder político entre grupos sociais distintos que coexistem dentro de uma mesma unidade política” (BAYLÃO, 2000, p. 220).

Assim, tem-se que minoria “é um grupo que, dentro de uma determinada estrutura social, se distingue de um outro grupo por diferenças de língua, costumes, organização social, etnia, sexo, religião, etc.” (BAYLÃO, 2000, p. 220).

Esses grupos socialmente vulneráveis sofrem violência estabelecida pela tomada negativa de grupos dominantes e que se opõe.

Segundo Raul Di Sergi Baylão (2000, p. 209), grupos socialmente vulneráveis são classificados em:

- 1) minorias de gênero: caracterizadas pelo sexo (gênero), formado por mulheres;
- 2) minorias etárias: caracterizadas pela idade, formado por crianças, adolescentes e os idosos;
- 3) minorias raciais: caracterizadas pelos sinais fenotípicos dos indivíduos dos grupos. No Brasil formado pelos negros;
- 4) pessoas portadoras de deficiência: a característica relacionada é qualquer deficiência física ou mental e os grupos oprimidos são os indivíduos portadores dessas deficiências;
- 5) homossexuais: caracterizadas pela orientação sexual, formado pela comunidade LGBTQI+¹;
- 6) pessoas portadoras de doenças: caracterizado por pessoas com doenças estigmatizadas socialmente, como, por exemplo, a lepra e a AIDS; formado por portadores dessas doenças;
- 7) minorias religiosas: caracterizada pelo exercício da fé religiosa, formado por seguidores de uma determinada religião.

¹ LGBTQI+ refere-se a antiga sigla LGBT. A alteração ocorreu para dar maior inclusão a comunidade e evitar que a sigla vire uma “sopa de letrinhas”, no qual o L significa lésbica; G de gay; B de bissexual; T de travesti, transexual e transgênero; Q de queer; I de intersexo e; o símbolo + se referindo aos outros espectros da sexualidade humana não propriamente referidos na sigla, como, por exemplo, o P de pansexual (VANINI; MARTIN, 2018).

No que se refere à homossexualidade, há quem diga que o termo foi criado em 1869 pelos alemães Karl Heinrich e Karl Maria Kertberry, outros dizem que foi elaborado pela médica húngara Karl-Maria Benkert ao juntar o prefixo *homos* do grego (o mesmo) e do sufixo “sexual”, que vem do latim *sexus* (sexo), desse modo, traduzindo-se na sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo (SOUZA, 2009, p. 31).

De acordo com Silva Junior (2013, p. 24): “a sexualidade refere-se ao conjunto de manifestações afetivo-emocionais conscientes e inconscientes, que engloba a orientação sexual”.

Enquanto que orientação sexual, de acordo com os Princípios de Yogyakarta², refere-se “à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.

Já identidade de gênero refere-se a:

experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso 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 vestimenta, modo de falar e maneirismos (Princípios de Yogyakarta, 2007).

Assim, a expressão transgênero é utilizada de forma genérica para se referir aos travestis e aos transexuais (SILVA JUNIOR, 2013, p. 27).

Os transexuais “são pessoas que se sentem em desconexão psíquica com o sexo do seu nascimento, ou seja, há uma dissociação entre o seu sexo biológico e sua identidade de gênero” (SILVA JUNIOR, 2013, p. 28).

² Os Princípios de Yogyakarta foi uma conferência realizada em Yogyakarta, na Indonésia, em novembro de 2006, organizada pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, a fim de criar princípios jurídicos internacionais referentes a aplicação da legislação internacional e às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, trazendo às obrigações de direitos humanos aos Estados (CAYE; MARQUES, 2019, p. 1).

Os travestis, por sua vez, “não possuem essa desconexão, embora sua identidade de gênero se volte mais para o sexo oposto, o que se verifica nas suas formas de ser, agir, vestir-se e comportar-se” (SILVA JUNIOR, 2013, p. 28).

Já os intersexuais “sofrem de um distúrbio biológico, pois nascem com uma mistura de ambos os sexos e, geralmente, sofrem uma cirurgia ainda quando crianças, para que seu corpo fique condizente com um ou outro gênero” (SILVA JUNIOR, 2013, p. 28).

O heterossexismo prega uma lógica binária de gênero: homem e mulher, onde sexo biológico, identidade de gênero e papel social de gênero devem ser aspectos de um mesmo gênero (masculino ou feminino) (SILVA JUNIOR, 2013, p. 24).

As minorias sexuais encontram-se no contexto dos grupos minoritários e vulneráveis e são discriminada em razão de contrariarem a heteronormatividade. Esse grupo, quando atravessam os conceitos sociais preestabelecidos, os padrões sociais, são vítimas de todo tipo de violência, das mais variadas ordens (SILVA JUNIOR, 2013, p. 23).

Outrossim, as minorias sexuais lutam para que, sejam reconhecidos enquanto pessoas e possam usufruir de Direitos Humanos, assim como as pessoas heteronormativas. Visando extinguir os alarmantes índices de violência homofóbica (SILVA JUNIOR, 2013, p. 22).

2.2 Histórico

Na cultura ocidental, nos últimos 4 mil anos, a homossexualidade foi rotulada como a mais repugnante e reprovável das condutas. E os homossexuais, em sua maioria do sexo masculino, foram condenados a diversas penas de morte, sejam apedrejados pela Lei Judaica, decapitados pela ordem de Constantino em 342 d. C., enforcados, afogados ou queimados nas fogueiras da Inquisição durante a Idade Média, até despedaçados na boca de um canhão no Maranhão colonial como foi

registrado, e queimados nos campos de concentração pelos nazistas (MOTTA, 2001, p. 41).

A raiz da homofobia tem origem nas tradições judaicas e, posteriormente, nas tradições cristãs, justificada não só pelo desperdício de sêmen, como também por um controle maligno da natalidade, sendo incompatível com os valores abraâmicos de família (MOTTA, 2001, p. 44-45).

E nesse mundo de extrema violência os pastores nômades desenvolveram códigos de sociabilidade, no qual havia papéis sociais fortemente hierarquizados e rudes para garantir a segurança e a sobrevivência do povo (mulheres, crianças, anciãos e rebanho). Assim, dependiam da força física individual e coletiva dos homens, tornando crucial o papel de gênero masculino, ligado ao enfrentamento do mundo hostil. Enquanto que, o mundo feminino desenvolvia um papel submisso, doméstico, voltado para a prole, recluso e a misoginia se institucionalizava (MOTTA, 2001, p. 45).

Durante a Idade Média a sdomia passou a ser conhecida como vício dos clérigos, tanto era comum tal prática dentro de conventos, mosteiros e igrejas. Por esse motivo houve a tentativa de expurgar a expansão do homoerotismo no clero a fim de impedir a vulgarização do amor erótico/romântico que colocava em cheque a moral cristã (MOTTA, 2001, p. 49).

Apesar dessas culturas reprimirem a homossexualidade, existiam outras culturas em que a homossexualidade era aceita, comprovando a tese de que mesmo nas culturas, onde há tolerância social, pessoas identificadas como homossexuais compõe sempre o menor número dessa sociedade (MOTTA, 2001, p. 51).

Prova disso é uma tribo da Oceania que tem como tradição:

[...] todos os rapazes dessa tribo, quando entram na puberdade, são confiados a um jovem adulto, que tem como obrigação transmitir ao adolescente, por via anal, seu próprio sêmen, justificando os nativos que essa é a única forma de tornar aquele jovem iniciando num homem de verdade, futuro transmissor de esperma. Se não receber sêmen pelo ânus, não poderá, quando adulto, fecundar sua futura mulher (MOTTA, 2001, p. 41)

Outro exemplo ocorre no Japão antes da dinastia Meiji (1865), onde a prática homossexual era moralmente correta (MOTTA, 2001, p. 51-52). Já em sociedades onde havia rígida divisão de trabalho designado pelo gênero, onde homens ficavam muito tempo isolados entre si, ou nos períodos de guerra, era quase incontrolável as interações homoeróticas. Como corria com os gregos, os índios, entre outros, no qual havia constituição de parcerias homossexuais nas campanhas militares e academias (MOTTA, 2001, p. 47).

Até o final dos anos de 1960 a homossexualidade era ilegal nos EUA, exceto no estado de Illinois, portanto esse grupo vivia nos chamados guetos. Até que em 28 de junho de 1969 a polícia de Nova York invadiu o bar Stonewall, o bar gay mais frequentado da cidade (FERNANDES, 2019).

A violência da polícia naquela noite era tamanha que revoltou seus frequentadores, então se iniciou uma rebelião com apoio de outros moradores da cidade. A rebelião tornou-se tão grande que entrou para a história do movimento gay, a chamada Revolta de Stonewall, foram dias de conflito (FERNANDES, 2019).

Um ano depois, 10 mil pessoas se reuniram em Nova York para celebrar a vitória de Stonewall, deram início ali as passeatas em prol dessa comunidade pelo mundo (FERNANDES, 2019).

No ano de 1973, a Associação Americana de Psiquiatria deixa de classificar a homossexualidade como doença. E em 17 de maio de 1990, a Assembleia Geral da OMS decide remove-la da lista de doenças mentais, constatando que não constitui doença, nem distúrbio. Em 1995, durante a décima revisão do CID-10 foi declarado que a orientação sexual, por si só, não é suficiente para ser considerada como um transtorno (SILVA JUNIOR, 2013, p. 33).

Em 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou a resolução nº 17/1949 (Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero), onde trata da preocupação com a violência e discriminação cometidas contra as pessoas por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero em todas as regiões do mundo (SILVA JUNIOR, 2013, p. 45).

No campo dos estudos das ciências sociais, tais como a sociologia e a antropologia, a sexualidade não é um objeto de estudo novo, assim como as

relações de parentesco, o modo de produção e organização política, as formas de expressão religiosa e etc (HEILBORN; BRANDÃO, 1999, p. 7).

Durante a década de 60 houve a desvinculação de sexualidade e reprodução biológica da espécie, devido ao desenvolvimento dos métodos contraceptivos hormonais. Com a epidemia de HIV e Aids, na década de 80, fomentou novos estudos no que toca a sexualidade, tornando-o um ramo de estudo autônomo dentro da antropologia (HEILBORN; BRANDÃO, 1999, p. 7).

Contudo, o grande estouro desse estudo se deu a partir dos estudos sobre gêneros, diretamente ligado aos movimentos sociais, como o feminista e o de liberação homossexual (HEILBORN; BRANDÃO, 1999, p. 8).

No Brasil, o movimento homossexual surgiu na segunda metade da década de 70, mas seu desenvolvimento, de acordo com Regina Facchini. O primeiro momento a autora o chama de primeira onda que corresponde ao surgimento e expansão do movimento, e se encerra na primeira metade de 1980 (FACCHINI, 2000, p. 84).

O ano de 1978 foi marcado pela fundação do grupo SOMOS, em São Paulo, que adquiriu grande notoriedade e visibilidade do ponto de vista histórico em prol do movimento (FACCHINI, 2000, p. 86). Em dezembro de 1979, no Rio de Janeiro foi organizado o 1º Encontro de Homossexuais Militantes, realizado na Associação Brasileira de Imprensa (ABI), que tinha como finalidade reivindicar a inclusão e o respeito à opção sexual na Constituição Federal, além de retirar a homossexualidade da lista de doenças mentais (FACCHINI, 2000, p. 90-91).

A segunda onda ocorre durante os anos 1980, com grande atividade do grupo SOMOS, que se desfaz em 1983, marcado pela expressão da homossexualidade como essência e não como opção sexual. Período marcado também pela epidemia da AIDS (FACCHINI, 2000).

Em 1985 a homossexualidade deixa de ser considerada como transtorno ou desvio sexual e, a partir do ano de 1999, o Conselho Federal de Psicologia edita a Resolução nº 1/99, que prevê que os psicólogos não contribuirão com eventos e serviços ligados a tratamento e cura das homossexualidades (SILVA JUNIOR, 2013, p. 33-34).

Em 2004 é criado o “Brasil Sem Homofobia”, um programa que combate à violência e à discriminação contra LBBTQI+ (antiga GLBT) e que visava promover a Cidadania Homossexual (BSH), por meio do Executivo Federal, ligado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SOUZA;NINA, 2014, p. 5).

Em 2008, é realizada a I Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (I CNLGBT), que tinha como tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)” (SOUZA; NINA, 2014, p. 5).

Em 2009 foi feita a divulgação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (PNPCDH-LGBT) (SOUZA; NINA, 2014, p. 5).

Em 05 de maio de 2011, Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo (SOUZA; NINA, 2014, p. 5).

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal, em decorrência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e no Mandado de Injunção 4.733, aprovou equiparação de homofobia a crime de racismo.

3 EVOLUÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO

3.1 Da Constituição Federal

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco “o Direito Constitucional é o ramo do estudo jurídico dedicado à estrutura básica do ordenamento normativo. Nele se examinam as regras matrizes de todo o direito positivo³” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 52).

Mas o Direito Constitucional como conhecemos hoje, e, portanto, nosso ordenamento jurídico atual, é resultado de um processo histórico denominado de neoconstitucionalismo, caracterizado pela superação da supremacia do Parlamento; a superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade; absorção de valores morais e políticos e; um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis (MENDES; BRANCO, 2017, p. 65).

Seu objeto de estudo imediato é a constituição, que em sentido material, refere-se ao “conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 66). Já em sentido formal, nada mais é que, “o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 67).

Ademais, no bojo dos avanços do Direito Constitucional, encontra-se a afirmação dos direitos fundamentais como âmago da proteção da dignidade da pessoa. Direitos que carregam os principais valores da existência humana e, por

³ Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvalds, direito positivo é a norma escrita, positivada, diferente do direito consuetudinário (aquele que surge dos costumes), como ocorre no *common law* inglês (Chaves e Rosenvalds, 2017, p. 34)

isso, encontram-se positivados em documento jurídico com força vincule máxima que é a Carta Magna (MENDES; BRANCO, 2017, p. 127).

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio que:

inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça (MENDES; BRANCO, 2017, p. 131).

3.1.1 Dignidade da pessoa Humana

O princípio basilar da Constituição Federal é o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado em seu artigo 1º, inciso III, princípio que norteia nosso Estado Democrático de Direito (DIAS, 2005, p. 2).

Esse princípio surgiu com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, após as práticas hediondas cometidas pelo nazismo. A fundamentação para a positivação constitucional desse princípio possui base filosófica. No Brasil essa norma compreende dois conceitos: pessoa humana e dignidade (SILVA, 1998, p. 89).

No que se refere à pessoa humana temos a filosofia kantiana que mostra o homem como ser racional que existe como fim em si mesmo, e não, meramente, como meio. Ao passo que os demais seres, desprovidos de razão, têm seu valor condicionado e relativo, e assim denominados coisa. Os seres racionais, denominados pessoas, por terem o fim em si mesmo, jamais devem ser utilizados como um meio para se alcançar uma determinada finalidade. Como consequência o Direito existe em função desse ser e deve este “obedecer a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui” (SILVA, 1998, p. 91).

No que se refere à dignidade, ainda voltada a filosofia kantiana, tem-se a ideia do reino dos fins, onde tudo possui um preço, ou uma dignidade. Tudo aquilo que possui um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente. Logo o preço

é relativo e condicionado as inclinações e necessidades gerais do homem e seu mercado. Entretanto, aquilo que não é relativo e condicionado, que é superior a qualquer preço e não admite substituto equivalente, é considerado uma dignidade. Portanto a dignidade é atributo intrínseco da essência da pessoa humana (SILVA, 1998, p. 91).

Posto isso, é certo que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, mas sim essência da natureza humana. A Constituição apenas reconhece esse princípio e o positiva como valor supremo da ordem jurídica (SILVA, 1998 p. 91).

Esse valor tem como um de seus resultados, adotar os princípios da igualdade, isonomia e liberdade (DIAS, 2005, p. 2). A dignidade da pessoa humana é “o pressuposto da ideia de democracia, justiça social, de igualdade e de solidariedade humana” (Mattos, 2019, p. 2). De acordo com Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (2002, p. 128).

Assim, a Constituição concede proteção a todos, vedando a discriminação e o preconceito, seja por motivo de origem, raça, sexo ou idade, conforme aduz seu preâmbulo: “assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, à 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” (DIAS, 2005, p. 2).

Portanto, “qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana” (DIAS, 2005, p. 8).

3.1.2 Igualdade

A Igualdade jurídica refere-se à distribuição de direitos de forma igualitária, de forma justa e harmônica. Esse princípio não necessariamente deve ser aplicado de forma homogênea, podendo haver determinadas diferenciações, sem que ocorram arbitrariedades (CAVALCANTE, 2007, p. 12).

Para Aristóteles a sociedade ideal é aquela em que a democracia tem amparo na Igualdade. Mas para isso os desiguais deviam ter tratamento diferenciado a fim de alcançar a isonomia. Todavia Aristóteles também defendia a escravidão, pois, para ele, “a escravatura dos bárbaros atuava em proveito da pólis, na sua estrutura organizacional”. Da mesma forma que para Platão as desigualdades são importantes para a manutenção em uma sociedade (CAVALCANTE, 2007, p. 18).

Com o advento da filosofia cristã, houve intensa modificação nos ideais de igualdade, devendo ser observados os fundamentos de fraternidade humana. Como ocorre em Colossenses, capítulo 4, versículo 1: “Senhores tratai vossos servos com justiça e igualdade. Sabeis perfeitamente que também vós tendes um Senhor no céu”, visando uma sociedade mais justa e solidária, “Por vários momentos Cristo falou da necessidade de amor, ressaltando que apesar de poder existir uma desigualdade nos valores, deve-se amar ao próximo como a si mesmo, tentando solidificar assim a Igualdade” (CAVALCANTE, 2007, p. 20).

Para Rousseau “a injustiça e a desigualdade são consequência de uma hierarquização de poder mal constituída. A ausência da liberdade implica no não acesso à Igualdade, e conseqüentemente as leis que fossem criadas sob essa concepção apenas propiciariam a perpetuação da injustiça” (CAVALCANTE, 2007, p. 24).

Karl Marx e Friedrich Engels em o Manifesto do Partido Comunista tentaram apresentar algumas soluções a desigualdade tais como a implantação da Democracia, a desconcentração do capital pertencente à burguesia e combate e de erradicação do trabalho infantil (CAVALCANTE, 2007, p. 26).

Mas a visão de igualdade que temos hoje surge após a 2ª Grande Guerra Mundial, com pensadores como Hans Kelsen e Norberto Bobbio, limitando a

atividade do Legislativo, e trazendo a máxima de “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desiguam” (*apud* CAVALCANTE, 2007, p. 30).

O art. 5º da Constituição Federal traz em seu *caput* que “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” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido podemos classificar a igualdade em Igualdade material e Igualdade formal. A igualdade formal é aquela perante a lei, “diz respeito à forma com que esse princípio se materializa no mundo jurídico; fala-se na necessidade de vedar ao Estado a realização de tratamentos discriminatórios negativos”, já a igualdade material ou substantiva significa que “além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades, estabelecendo a elaboração de leis e a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato” (MORAES, 2016, p. 44).

Nesse viés surgem as chamadas ações afirmativas, também conhecidas como discriminações positivas, a fim de garantir o princípio da igualdade (CAVALCANTE, 2007. p. 47). De acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes as ações afirmativas:

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. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade (Gomes, 2001. p. 6-7 *apud* Cavalcante, 2007, p. 48).

Desse modo, assegurando o direito a igualdade não só às minorias sexuais, mas também outras minorias sociais, como, portadores de necessidades especiais, negros e índios (CAVALCANTE, 2007, p. 48).

Apesar de o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal enfatizar a igualdade entre as pessoas, “de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana”, dizer

que “todos são iguais perante a lei e que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação” enquanto houver, exclusão social e tratamento desigualitário num Estado Democrático de Direito (DIAS, 2005, p. 4).

As normas constitucionais que se referem ao direito à igualdade proíbem a discriminação da conduta afetiva no que toca à sua orientação sexual. Rejeitar a existência de uniões homossexuais é rejeitar objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 3º, IV da CF: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (DIAS, 2005, p. 4).

“A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental”. Como todos os grupos sociais alvos de preconceito e discriminação social, as relações homossexuais estão sujeitas à deficiência do Estado de normatização jurídica, sendo então deixados à margem da sociedade (DIAS, 2005, p. 4).

3.1.3 Liberdade

Como já exposto a sexualidade integra a própria condição humana, “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade”. Nesse viés tem-se a ideia de liberdade sexual, que integra a ideia de livre orientação sexual (DIAS, 2002, p. 85).

Mas o direito a liberdade em si não traduz somente no direito de ir e vir (liberdade de locomoção). Seu conceito é muito mais amplo e complexo, estendendo-se a várias formas de liberdades, as chamadas liberdades civis e políticas, tais como a liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de pensamento, liberdade de associação e reunião (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p. 117).

Assim, se configurando na autodeterminação da pessoa (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p. 117), referindo-se em “suas escolhas existenciais básicas e perseguir seu próprio projeto de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros” (SARMENTO, 2008, p. 646 *apud* MENEZES; OLIVEIRA, 2009,

p. 117). Portanto a pessoa autônoma é “aquela capaz de traçar seu próprio trajeto, que assume as posições de protagonista e diretora de sua biografia em face das várias possibilidades que se lhe apresentam. A vida será, portanto, o resultado de suas escolhas em face das diversas opções” (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p. 117). Desse modo incumbe ao Estado manusear o Direito de modo conciliar a liberdade de todos com as liberdades individuais.

De todo modo as liberdades podem ser classificadas em liberdades protegidas e liberdades não protegidas. “A liberdade protegida é a permissão expressa para fazer ou se abster de fazer algo. As liberdades não protegidas são permissões no sentido de negação de deveres e obrigações” (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p. 118).

No âmbito da liberdade sexual, a Constituição Federal não possui uma cláusula que a positive expressamente. Contudo a Carta Magna positiva a dignidade da pessoa humana, e assim versando sobre a liberdade sexual como decorrência. Para Joyceane Bezerra de Menezes e Cecília Barroso de Oliveira, professoras da Universidade de Fortaleza, não há controvérsia maior do que se admita que intervenham no campo das escolhas básicas do indivíduo, tal qual, com quem pretende relacionar-se afetiva e sexualmente (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p. 121).

Assim, a orientação sexual e seu livre exercício devem ser considerados forma de hipossuficiência e, portanto, devem ser protegidas como categoria social. Pois, a hipossuficiência não é identificada apenas pelo aspecto econômico, mas também por aspectos sociais, seja ele étnico, erário, religioso ou de gênero. Como ocorrem com idosos, crianças, deficientes, negros e mulheres, por serem alvos de discriminação social. Outrossim, a hipossuficiência social possui reflexos jurídicos, já que cabe a norma jurídica equilibrar essas relações jurídicas (DIAS, 2002, p. 87).

3.2 Do Direito Civil

O Direito Civil, para o professor Carlos Roberto Gonçalves é:

o direito comum, o que rege as relações entre os particulares. Disciplina a vida das pessoas desde a concepção – e mesmo antes dela, quando permite que se contemple a prole eventual (CC, art. 1.799, I) e confere relevância ao embrião excedentário (CC, art. 1.597, IV) – até a morte, e ainda depois dela, reconhecendo a eficácia *post mortem* do testamento (CC, art. 1.857) e exigindo respeito à memória dos mortos (CC, art. 12, parágrafo único) (GONÇALVES, 2017, p. 26).

3.2.1 Direito de Família

No plano do Direito de Família, partindo da ideia do Direito como regulamentador das condutas humanas, a família possui grande relevância jurídica. Cabe então ao próprio Direito intervir e regulamentar os efeitos jurídicos do instituto da família (PEREZ, 2016, p. 10).

Tal relevância se dá pelo fato da família ser o primeiro agente socializador do ser humano, entendida como base da sociedade, protegida pelo art. 226 da Constituição Federal e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DIAS, 2016, p. 23).

Dito isso, e acompanhando a evolução da sociedade, como deve ser o Direito, o próprio conceito de família foi alterado ao longo da história (PEREZ, 2016, p. 11). Na sociedade conservadora, o núcleo familiar dispõe de perfil hierarquizado e patriarcal para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico (DIAS, 2016, p. 22). Nesse contexto, o Código Civil de 2002 ainda abordava a matéria de forma bem retrograda (CAVALCANTE, 2007, p. 49). Para a doutrina o conceito de família era “aquela composta por homem e mulher com o objetivo de constituírem a família legítima” (GONÇALVES, 2002, p. 1 *apud* CAVALCANTE, 2007, p. 49).

Atualmente, o conceito de família tem como elemento fundamental o afeto, com “concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos,

ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um” (CHAVES; ROSENVALDS, 2015, p. 9), Traduzido então como “o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal” (CHAVES; ROSENVALDS, 2015, p. 12), assim abarcando os novos modelos familiares juridicamente reconhecidos. Contudo, vale resaltar, que o conceito de família muda conforme a ótica do ramo científico, como a psicanálise e a antropologia, por exemplo (PEREZ, 2016. p. 11).

Nesse sentido, baseado na ideia de que a linguagem condiciona o pensamento, o próprio ramo do Direito de Família tem sua terminologia trocada por “Direito das Famílias” (DIAS, 2016. p. 23) ou ainda “Direito de Famílias” (CHAVES; ROSENVALDS, 2015), pois “atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação” (DIAS, 2016. p. 23), tal como a descentralização do modelo familiar patriarcal e hierarquizado para um modelo democrático e igualitário, deixando de ser apenas heteroparental e biológico para integrar também os modelos homoparentais e socioafetivos (CHAVES; ROSENVALDS, 2015. 11-12.).

Como consequências das modificações dessas premissas, dentre outros princípios que regem esse ramo jurídico, a figura da mulher conquista sua emancipação jurídica da sociedade conjugal patriarcal através do movimento feminista. Segundo Paulo Lôbo, “foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada - L 4.121/62) e mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988)” (LÔBO, 2003, p. 179 *apud* DIAS, 2016, p. 150).

No que se refere ao instituto do casamento, a união entre pessoas do mesmo sexo só foi possível, após um longo processo de conquistas, em virtude dos movimentos sociais que defendiam a causa (FARO; PESSANHA, 2014, p. 75).

“A atual Constituição brasileira não reconheceu formalmente a liberdade de escolha pela orientação sexual nem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora não as proíba” (FARO; PESSANHA, 2014, p. 76). Todavia, até 2011, antes do STF julgar a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, apenas havia um conjunto de

decisões judiciais reconhecendo juridicamente casais autodeclarados homossexuais. Contudo:

O STF fez história ao reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo por dois motivos. O primeiro é o fato de que a legislação infraconstitucional possuía um dispositivo idêntico a uma previsão constitucional; o que atesta a existência de algo maior que uma simples interpretação conforme a Constituição, tendo o STF feito o papel de constituinte derivado, embora não tenha tal legitimidade. Nos casos (ADI 4277 e ADPF 132) decididos, a pretensão era pela aplicação do regime jurídico da união estável entre pessoas de diferentes sexos às uniões entre pessoas do mesmo sexo. A decisão do STF, que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para a Administração Pública e os demais órgãos do Judiciário, foi confirmada em outro julgado do próprio STF (AgR-RE 477554), onde reafirmou que a união estável homoafetiva é um tipo de entidade familiar.

A decisão fundamentou-se basicamente na dignidade humana como substrato legal para a liberdade de opção individual quanto à orientação sexual e na proibição constitucional a discriminações com base em razão de orientação sexual. Já que a legislação brasileira não fixou o modo como a sexualidade humana deve se expressar, e nem poderia fazê-lo, senão interferiria indevidamente na liberdade de escolha e na vida privada e autonomia das pessoas, o STF reconheceu que as pessoas têm à sua livre disposição como se orientarão sexual e afetivamente. Pode-se dizer, então, que desde 2011, na ordem jurídica brasileira, a união estável não pressupõe a diversidade de sexos para ser uma entidade familiar, devendo apenas haver uma convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família. Logo, embora a decisão do STF não vincule o Poder Legislativo, toda a legislação brasileira sobre união estável deve ser interpretada sem que haja como pressuposto a diversidade de sexos; além do quê os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública devem, porque vinculados pela decisão do STF, agir de maneira a facilitar o reconhecimento dessas uniões e, inclusive, em virtude de comando constitucional, facilitar sua conversão em casamento (FARO; PESSANHA, 2014, p. 76-77).

Somente em 2013, com Resolução nº 175 do CNJ, ficou vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, não há impedimentos constitucionais ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que, contemporaneamente, o casamento não deve ser entendido unicamente com o fim de unir pessoas para procriar (FARO; PESSANHA, 2014, p. 78).

3.2.2 Direitos Reprodutivos

Os direitos reprodutivos surgem com o reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres, trazendo os ideais de “direito à vida, à saúde, à igualdade e não discriminação, à integridade corporal e à proteção contra violência, ao trabalho e à educação”, descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos (RIOS, 2006, p. 75).

Na Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, que ocorreu entre 22 de abril a 13 de maio de 1968 em Teerã, foi reconhecido a importância dos direitos humanos da mulher (RIOS, 2006, p. 75).

Na Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos, que ocorreu no ano de 1968 em Viena, foi declarado que:

[...] os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos, sendo dever sua participação em igualdade de condições sociais e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo e de todas as formas de violência contra a mulher (RIOS, 2006, p. 76).

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (ICPD/CIPD) que ocorreu entre 5 a 13 de setembro de 1994, realizada no Cairo, Egito, estabeleceu um programa de ação que afirmou diversos direitos reprodutivos, tais como o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e de seu espaçamento, dispondo da informação, educação e meios necessários para tanto, além de reafirmar a importância de relações de gênero mais igualitárias. Mas principalmente por trazer o conceito de direitos reprodutivos (RIOS, 2006, p. 76).

3.2.3 Direito a Sexualidade

De acordo com Maria Berenice Dias, “a sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível”, assim, a sexualidade integra a dignidade da pessoa humana. Nesse viés compreendendo a liberdade sexual e a liberdade da livre orientação sexual, pois, sem a camada da liberdade sexual não há liberdade, logo, não há direitos fundamentais (DIAS, 2005, p. 3).

O direito a sexualidade advém do direito reprodutivo no âmbito do direito internacional e dos direitos humanos, no qual, inicialmente, não há distinção entre esses sub-ramos. Com a evolução do Direito, o direito a sexualidade ganha relevância para ser estudado individualmente, mas a questão da sexualidade ainda era abordada somente com a preocupação com a situação da mulher (RIOS, 2006, 75-76). Na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, os direitos sexuais foram definidos de maneira mais autônoma em relação aos direitos reprodutivos.

3.3 Do Direito Penal

De acordo com Rogério Sanches o Direito Penal é o conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos, considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, como infrações penais, pois afetam bens jurídicos indispensáveis à própria conservação e progresso da sociedade. Ao passo que também define os seus agentes e fixa sanções a serem-lhes aplicadas, assim sendo mais um instrumento de controle social (CUNHA, 2016, p. 31-32).

Nesse diapasão, a manutenção da paz social demanda a existência de normas destinadas a estabelecer suas diretrizes. Quando violadas essas regras de conduta, surge para o Estado o dever de controle social e de aplicar sanções, que

podem vir de vários ramos do direito, tais como o direito civil, o direito administrativo, o direito penal e etc. (CUNHA, 2016, p. 32).

Contudo, quando a conduta que atenta contra bens jurídicos especialmente tutelados merecer reação mais severa por parte do Estado, surge então a atuação do Direito Penal. Ocorre que no Direito Penal, diferente dos outros ramos do Direito, a espécie de consequência jurídica é mais severa, pena privativa de liberdade, norteada pelo Princípio da Intervenção Mínima. Ou seja, somente em último recurso se aplica o Direito Penal (última ratio), por ser o mais extremo (CUNHA, 2016, p. 32).

No que se refere às fontes do Direito Penal, de acordo com Rogério Sanches, pode se dizer que é lugar de onde vem e o Direito Penal como se exterioriza. A fonte material é o lugar de onde o Direito Penal provém, é a fonte de produção da norma penal; é o órgão encarregado de criar direito penal, que no caso do Brasil a União. Enquanto que a fonte formal é o modo como o Direito Penal se exterioriza, podendo ser classificada em fonte formal imediata e fonte formal mediata (CUNHA, 2016, p. 51).

Fonte formal mediata é apenas a doutrina. As fontes formais imediatas, a mais significativa para este estudo, são: a lei infraconstitucional, a Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a jurisprudência, os princípios e complementos da norma penal em branco (CUNHA, 2016, p. 52-54).

Muito embora a lei detenha a exclusividade no tocante à criação das infrações penais e das respectivas sanções, não se pode deixar de constatar que a Carta Magna nos revela direito penal, estabelecendo alguns patamares abaixo dos quais a intervenção penal não se pode reduzir. Esses patamares são verdadeiros mandados de criminalização, porque vinculam o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-los a proteger (de forma suficiente/eficiente) certos temas (bens ou interesses). É o que ocorre, por exemplo, com o crime de racismo (art. 5º, XLII, CF/88), crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF/88), ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88) e com os crimes ambientais (art. 225, §3º, CF/88) (CUNHA, 2016, p. 52).

3.3.1 Homofobia e equiparação ao crime de racismo

A homofobia pode ser entendida como ações discriminatórias praticadas contra homossexuais, constituindo-se em:

Uma violência que pode assumir dois sentidos: o físico, que atinge diretamente a integridade do corpo do indivíduo, podendo chegar ao homicídio nos piores casos; e o não físico, que se configura como uma espécie de violência simbólica, composta por xingamentos, tratamento diferenciado, impedimento de participação em instituições (FREIRE; CARDINAL, 2012, p. 47).

De acordo com Segundo Rios (2007 *apud* FREIRE; CARDINAL, 2012, p. 48), a homofobia é uma forma injusta de discriminação, uma vez que fere um leque de direitos básicos de cidadãos integrantes das minorias sexuais. “Enquanto o preconceito é o juízo de valor desarrazoado ou irracional, isto é, um dado que ocorre nas raias do pensamento e no íntimo do sujeito, a discriminação é a sua exteriorização por meio de comportamentos” (FREIRE; CARDINAL, 2012, p. 48).

Desse modo, a criminalização da homofobia “seria uma declaração da ordem jurídica de que a discriminação em função da orientação sexual não pode ser tolerada e que a liberdade sexual constitui bem jurídico essencial” (FREIRE; CARDINAL, 2012, p. 50).

Esse tema chegou à Corte máxima do país, o Supremo Tribunal Federal, pelo instituto do controle de constitucionalidade, exercido através de duas ações. A primeira foi o Mandado de Injunção (MI) nº 4733/2012. A segunda foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 de 2013, movida pelo PPS (Partido Popular Socialista) e relatada pelo Ministro Celso de Mello. (ABRAÃO; RODRIGUES, 2019, p. 15)

Ambas pleiteando que as discriminações de sexo e gênero fossem equiparadas ao crime de racismo com fundamentos no art. 5º, incisos LXI e LXII da Constituição ⁴.

⁴ Art. 5º, CF

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

A ideia de constitucionalidade surge com o advento das constituições escritas e rígidas, marcada pela Revolução Francesa e pelo processo de independência dos Estados Unidos da América (MENDES; BRANCO, 2017, p. 934). De acordo com o jurista Luís Roberto Barroso, o controle de constitucionalidade é o mecanismo mais importante para evitar a quebra dessa harmonia do sistema de um ordenamento jurídico. “Consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”. Caso haja o reconhecimento de invalidade de uma norma está será declarada inconstitucional e terá por sua eficácia paralisa (BARROSO, 2016, p. 23).

Esse instituto pode ser classificado de diversas formas: quanto à natureza do órgão de controle ele pode ser político ou judicial; quanto ao momento de exercício do controle ele pode ser preventivo ou repressivo; quanto ao órgão judicial que exerce o controle ele pode ser difuso ou concentrado (BARROSO, 2016, p 48).

Tanto o mandado de injunção quanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) são artifícios do controle de constitucionalidade que visam elidir a inconstitucionalidade decorrente de omissão legislativa (BARROSO, 2016, p.170). Contudo a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) integra o controle de constitucionalidade concentrado já o mandado de injunção integra o controle de constitucionalidade difuso.

Nesses termos, segue a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, *ipsis litteris*:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal).

E a decisão do mesmo tribunal para o Mandado de Injunção (MI) nº 4733/2012, também *ipsis litteris*:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal).

4 DO DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

4.1 Tratados Internacionais

No que se refere aos Tratados Internacionais nos quais o Brasil é signatário e que tratam de alguma maneira sobre discriminação, por demais sobre Direitos Humanos, têm-se uma lista com alguns Tratados, tais quais: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); A Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero (2008) (BAHIA, 2012, p. 9).

No presente trabalho será abordado os principais Tratados que tratam do tema e corroboram para a necessidade de observância à tais minorias perante o sistema jurídico nacional.

Outrossim, os tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos inovam o universo dos direitos nacionais, reforçando a “imperatividade jurídica”, ou adicionando novos direitos. Também podem suspender os preceitos que são menos favoráveis à proteção dos Direitos Humanos.

4.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reza em seu art. 2º, I:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Portanto, reconhece a necessidade de se respeitar as minorias, sem discriminação, assim em acordo com os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica - 1969)

A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 1, item 1 dispõe que o Estado deve respeitar os Direitos e Liberdades, garantindo o livre e pleno exercício por toda pessoa, sem discriminação de raça, sexo, ou qualquer outra forma de distinção. Em seguida, no item 2 do mesmo artigo afirma que toda pessoa é um ser humano. Tal Convenção fora ratificada pelo Brasil no ano de 1992 (BAHIA, 2012, p. 13.).

4.1.3 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu art. 2º, 1, ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, aduz, *ipsis litteris*:

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 sujeito a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, **sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza**, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição. (grifo nosso).

Ressalva afirmar que o Brasil ratificou em 2007 este Pacto, como sendo Protocolo Facultativo e, portanto, permite que o cidadão possa vir a **denunciar as violações aos Direitos Civis e Políticos** diretamente no Conselho de Direitos Humanos (ONU). (BAHIA, 2012, p. 10)

4.1.4 A Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação sexual e Identidade de Gênero (2008)

A Resolução n 2435 fora aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, sustentando uma salvaguarda maior à discriminação das minorias, por se preocupar com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero” (BAHIA, 2012, p. 11).

Desde então a OEA tem reafirmando tal preocupação, uma vez que todo ano aprova uma nova Resolução com o título idêntico, entretanto com o conteúdo diferente, sempre dando ênfase à erradicação da violência homofóbica no continente. Em 2010, a Resolução n. 2.600 trouxe como texto:

TOMANDO NOTA CON PREOCUPACIÓN de los actos de violencia y otras violaciones de derechos humanos, así como de la discriminación, practicados contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género (BAHIA, 2012, p. 12-13).

Importante ressaltar que o Brasil submete-se à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal Corte já condenou, por exemplo, o Chile por discriminação por orientação sexual, em 2012 no Caso *Atala Riffo e Filhas vs. Chile* (BAHIA, 2012, p. 13).

4.2 Direito Comparado

No tocante ao Direito Comparado, diversas leis são observadas em proteção às minorias, como exemplo têm-se o *Equality Act* (2010), no Reino Unido, que confere a custódia contra as discriminações por gênero, idade, raça, (BAHIA, 2012, p. 7) tal qual dispõe seu art. 13:

(1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favorably than A treats or would treat others” e o art. 19 da discriminação indireta: “(1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B’s (EQUALITY ACT, 2010 *apud* BAHIA, 2012, p. 7).

Por sua vez também em Portugal houve alteração no Código Penal visando a proteção das minorias, afirmando que tais circunstâncias são consideradas agravantes para o crime de homicídio *in verbis*, “Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima” (Código Penal de Portugal, art. 131) E, ainda, no art. 240 prevê o crime denominado “Discriminação racial, religiosa ou sexual” sustentando:

1 — Quem: a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, ou que a encorajem; ou b) Participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento; é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 — Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação: a) Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; ou b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; com a

intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. (BAHIA, 2012, p. 7)

Na América do Sul bem, na Colômbia, também foi alterado o Código Penal, através da aprovação da Lei nº 1482, acrescentando o Cap. IX ao Título I do Código Penal colombiano, *ipsis litteris*:

Artículo 134 A. Actos de Racismo o Discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor. Artículo 134 C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de, una tercera parte a la mitad cuando: 1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. 2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. 3. La conducta se realice por servidor público. 4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de prestación de un servicio público. 5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor; 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales. (BAHIA, 2012, p. 8)

Cita-se também que nos Estados Unidos fora aprovada uma lei no ano de 2009, “*Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act*” que alterou o U.S Code, Seção 16, Título 18 §249, prescrevendo como crimes de ódio:

§ 249. Hate crime acts (...) (2) OFFENSES INVOLVING **ACTUAL OR PERCEIVED RELIGION, NATIONAL ORIGIN, GENDER, SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY, OR DISABILITY.**— (A) IN GENERAL — Whoever, whether or not acting under color of law, in any circumstance described in subparagraph (B) or paragraph (3), willfully causes bodily injury to any person or, through the use of

fire, a firearm, a dangerous weapon, or an explosive or incendiary device, attempts to cause bodily injury to any person, because of the actual or perceived religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity or disability of any person — (i) shall be imprisoned not more than 10 years, fined in accordance with this title, or both; and (ii) shall be imprisoned for any term of years or for life, fined in accordance with this title, or both, if — (I) death results from the offense; or 5 (II) the offense includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill. (B) CIRCUMSTANCES DESCRIBED — For purposes of subparagraph (A), the circumstances described in this subparagraph are that— (i) the conduct described in subparagraph (A) occurs during the course of, or as the result of, the travel of the defendant or the victim— (I) across a State line or national border; or (II) using a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce; (ii) the defendant uses a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce in connection with the conduct described in subparagraph (A); (iii) in connection with the conduct described in subparagraph (A), the defendant employs a firearm, dangerous weapon, explosive or incendiary device, or other weapon that has traveled in interstate or foreign commerce; or (iv) the conduct described in subparagraph (A) — (I) interferes with commercial or other economic activity in which the victim is engaged at the time of the conduct; or (II) otherwise affects interstate or foreign commerce (grifo nosso) (BAHIA, 2012, p. 8).

A lei supracitada é lei federal e em decorrência do sistema “descentralizado” dos Estados Unidos se observa a importância de tal legislação. Trata-se de um país com uma política liberal, e portanto a magnitude da interferência estatal não é tão grande, prezando-se pela autonomia privada e na liberdade de expressão. (BAHIA, 2012, p. 6)

Na Noruega também há proteção à discriminação, o “Anti-Discrimination Act” de 2006 têm como objetivo promover a igualdade, oportunidades iguais e direitos e prevenção à discriminação quanto raça, cor, etnia etc. Essa Lei alterou o Código Penal Norueguês, nos termos da seção 134 com a redação que segue:

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

A “discriminatory or hateful statement” means the act of threatening or insulting a person, or promoting hatred or persecution of or contempt for a person because of his or her a) skin color or national or ethnic origin b) religion or belief, or c) homosexual preference, lifestyle or orientation. (BAHIA, 2012, p. 6).

No Brasil o Projeto de Lei 122/06 é similar as leis supracitadas e buscava criminalizar a conduta de homofobia. Entretanto tal Projeto de Lei não obteve a aprovação na Câmara dos Deputados (BAHIA, 2012, p. 2).

5 CONCLUSÃO

O direito só existe porque existe porque em algum ponto o ser humano decidiu viver em sociedade. Essa sociedade cresceu e foi se tornando complexa, ao passo que ela cresce e se torna cada vez mais complexa, até chegar aos dias atuais e, certamente, se tornará mais complexa. Diante disso, surge a necessidade do Direito de regular essa sociedade e a vida dos indivíduos dessa sociedade. Da mesma forma que, enquanto essa sociedade evolui rapidamente, ainda mais por fenômenos como a globalização, deve o Direito acompanhar tal evolução a fim de tornar a vida em sociedade sustentável.

Nesse sentido, as minorias surgem em sociedades complexas onde existe muita diferença social e, muitas vezes, tornam-se grupos socialmente vulneráveis (BAYLÃO, 2000, p. 221). A expressão minoria pode ser conceituada de diversas formas a depender do ramo de estudo (BAYLÃO, 2000, p. 209).

Sob a ótica da semântica, o termo minoria significa inferioridade em número. Contudo, para a sociologia uma minoria é um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado ou apenas um grupo em posição não dominante, cujos membros possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população. Enquanto que minoria sexual é um subtipo de minoria, caracterizada pela sexualidade como motivação da opressão (MORENO, 2009, p. 151-152).

As minorias sexuais, geralmente, são compostas pela comunidade LGBTQI+ (BAYLÃO, 2000, p. 209), que, como já mencionado, se trata da antiga comunidade LGBT, ocorrendo apenas uma alteração na sigla, visando aumentar a inclusão e representatividade, além de evitar uma sigla muito difícil e extensa (VANINI; MARTIN, 2018). Demonstrando então a diversidade desse grupo e a amplitude dos espectros da sexualidade humana, mas sem adentrar aos transtornos das parafilias.

Historicamente a homossexualidade foi rotulada como a mais repugnante e reprovável das condutas na cultura ocidental durante os últimos 4 mil anos (MOTTA, 2001, p. 41). Tendo como a raiz da homofobia nas tradições judaicas e, posteriormente, nas tradições cristãs, justificada não só pelo desperdício de sêmen,

como também por um controle maligno da natalidade, sendo incompatível com os valores abraâmicos de família (MOTTA, 2001, p. 44-45).

A expressão “homossexualidade” foi criada em 1869 pelos alemães Karl Heinrich e Karl Maria Kertberry. Mas há quem diga que o termo foi elaborado pela médica húngara Karl-Maria Benkert ao juntar o prefixo *homos* do grego (o mesmo) e do sufixo “sexual”, que vem do latim *sexus* (sexo) (SOUZA, 2009, p. 31).

Para Silva Junior (2013, p. 24) a sexualidade é “conjunto de manifestações afetivo-emocionais conscientes e inconscientes, que engloba a orientação sexual”. Enquanto que orientação sexual refere-se “à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas” de acordo com os Princípios de Yogyakarta (2017), cidade da Indonésia em que foi organizada uma conferência tratando da orientação sexual e identidade de gênero.

O grande marco do início dos direitos LGBTQI+ ocorre em 1961, com uma passeata em Nova York para celebrar a vitória do bar de Stonewall, lugar onde a polícia de Nova York invadiu e espancou seus frequentadores, dando início a uma rebelião com apoio de outros moradores da cidade (FERNANDES, 2019).

Assim, o machismo enraizado, que antes era imprescindível para a preservação da sociedade, torna-se totalmente inadequado e tóxico para a prosperidade da sociedade pós-moderna e de seus indivíduos. Surgem então diversos conflitos, em sua maioria, de interesse jurídico por ameaçar a própria democracia, uma vez que determinado grupo não tem voz ou representatividade.

No Brasil houve diversas conquistas, principalmente pela recente criminalização da homofobia, equiparando-a ao racismo, através do Mandado de Injunção (MI) nº 4733/2012 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 de 2013, com fundamentos no art. 5º, incisos LXI e LXII da Constituição.

Tanto o mandado de injunção (MI) quanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) são formas de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2016, p.170). Esse instituto surge com o advento das constituições escritas e rígidas, marcada pela Revolução Francesa e pelo

processo de independência dos Estados Unidos da América (MENDES; BRANCO, 2017, p. 934). Pois, apesar da lei penal deter de exclusividade para a criação das infrações penais e suas respectivas sanções, a Constituição é também fonte formal imediata Direito Penal e, portanto, autentico mandado de criminalização (CUNHA, 2016, p. 52).

Em outros ramos jurídicos, sempre respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, também ocorreram evoluções como no Direito de Famílias, que teve o conceito de família ampliado, além do advento da Resolução nº 175 do CNJ, que veda aos cartórios se recusarem a celebrar casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

REFERÊNCIAS

ABRAAO, Fernanda; RODRIGUES, Lara. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PERANTE A LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior**, v. 11, n. 2, p. 15-15, 2019. Disponível em: <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/716/702>. Acesso em: 23 out. 2019.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a constituição de 1988**. Seminário “Diferentes Mas Iguais” promovido pela Senadora Marta Suplicy. 2012. Disponível em: <https://www.diritto.it/homofobia-no-brasil-resolucoes-internacionais-e-a-constituicao-de-88/>. Acesso em: 10 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAYLÃO, Raul Di Sergi. **UM CONCEITO OPERACIONAL DE MINORIAS**. Monografia (Especialização em Direitos Humanos) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Universidade de Brasília e University of Essex, Brasília, 2000. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/17_09.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União. Brasília, 7 jul 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 30 out 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Brasília, 23 nov 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 30 out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, Ata nº 22, de 13/06/2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 23 out 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733**. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, Ata nº 22, de 13/06/2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em: 23 out 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos**: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf. Acesso em: 27 jun 2019.

CARRARA, S. **Políticas e Direitos Sexuais no Brasil Contemporâneo**. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 4, n. 05, 27 nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2316/1749>. Acesso em: 17 set 2019.

CAVALCANTE, Carolina Torres de Melo. **O Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito**: análise de sua aplicabilidade às “minorias sociais”. Dissertação (Mestrado em Direito) - da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007 em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp037033.PDF>. Acesso em: 27 ago 2019.

CAYE, Daniel Paulo; MARQUES, Cláudia Lima. **Os Princípios de Yogyakarta e sua interação com o Direito Interno e Políticas Públicas no Brasil**. Iniciação Científica (graduação) - UFRGS, Porto Alegre, 2009. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaolC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70358-DANIEL_PAULO_CAYE.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALDS, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALDS, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 1948. Disponível em: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/educacao_basica/educacao%20infantil/legislacao/declaracao_universal_de_direitos_humanos.pdf. Acesso em 30 out 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Universo Jurídico, 2005. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf. Acesso em 27 jun 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e cidadania. IBDFAM/OAB-MG, Belo Horizonte. 2002. p. 85-86. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/192.pdf. Acesso em: 27 ago 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.

FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Dissertação (mestrado em antropologia social) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2000.

FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil**: recompondo um histórico. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/download/2510/1920>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FARO, Julio Pinheiro; PESSANHA, Jackelline Fraga. O casamento civil homoafetivo e sua regulamentação no Brasil. **Revista de bioética y derecho**, n. 32, p. 72-81, 2014. Disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n32/07_articulo6.pdf. Acesso em: 20 out 2019.

FERNANDES, Nathan. **Revolta de Stonewall**: tudo sobre o levante que deu início ao movimento LGBTQ+. 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/06/revolta-de-stonewall-tudo-sobre-o-levante-que-deu-inicio-ao-movimento-lgbt.html>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. **O ódio atrás das grades**: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, n. 12, p. 37-63, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2933/293324656003.pdf>. Acesso em: 20 out 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

HEILBORN, Maria Luíz; BRANDÃO, Elaine Reis. **Introdução**: Ciências Sociais e Sexualidade. in: HEILBORN, Maria Luiza (org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*, IMS/UERJ. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/Introdu%C3%A7%C3%A3o__Ci%C3%A7ncias_Sociais_e_Sexualidade.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais**: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur, Rev. int. direitos human.*(Impr.), v. 5, n. 8, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004. Acesso em: 27 ago 2019.

MATTOS, Fernando da Silva. **Direito à Igualdade e à Dignidade dos Homossexuais no Brasil**: uma análise panorâmica da jurisprudência. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/artigoMattos.pdf>. Acesso em: 27 ago 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O Direito à Orientação Sexual como Decorrente do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 105-125, 2009. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/46987338/1770-3503-1-PB.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_Direito_A_Orientacao_Sexual_Como_Decor.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190917%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190917T231232Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=d184733c4c732c68de282c774f0f70a87be20f5ffbd7e0e91b768a8826561b4c. Acesso em: 27 ago 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **A igualdade - formal e material - nas demandas repetitivas sobre direitos sociais**. Imprensa: Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/f7ad672182c2c958f3e16442ed1365af.pdf>. Acesso em: 27 ago 2019.

MORENO, Jamile. **Conceito de minorias e discriminação**. *Revista USCS – Direito*, ano 10, n. 17, julho/dezembro, 2009.

MOTTA, Luiz. **Revolução Homossexual: o poder de um mito**. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 40-59, março/maio, 2001. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/revusp/article/download/32907/35477>. Acesso em: 27 jun. 2019.

PEREZ, Carolina Barroso et al. **Adoção homoparental: a jurisprudência como instrumento facilitador da concretização do direito ao planejamento familiar de casais homoafetivos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5288/1/Carolina%20Barroso%20Perez%20-%20Ado%3%a7%3%a3o%20homoparental.pdf>. Acesso em: 20 out 2019.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2007, p. 7. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, vol. 12, p. 26, jul.-dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200004&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em 27 ago 2019.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, v. 212, p. 89-94, 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>. Acesso em 27 ago 2019.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. AS MINORIAS SEXUAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DO GOVERNO FEDERAL: entre avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE). Bebedouro. vol. 1, n. 2, p. 21-54 2013.

SOUZA, Carlos Augusto da Silva; NINA, Alan Michel Santiago. **Em Busca de Reconhecimento**: a atuação dos grupos de interesse na produção legislativa voltada à população LGBT na câmara dos deputados do Brasil. 2014. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/03/busca-reconhecimento-atuacao-dos-grupos-interesse-producao.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

SOUZA, Joseleide Terto de. **Contextos Contemporâneos**: homossexuais, cultura e mídia. Dissertação (pós-graduação) – Escola de comunicação e Aertes, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-19082015-111514/publico/JOSELEIDETERTODESOUZA.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

VANINI, Eduardo; MARTIN, Flavia. **LGBTQI+... Sigla que não para de crescer reflete lutas e conquistas do movimento**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/lgbtqi-sigla-que-nao-para-de-crescer-reflete-lutas-conquistas-do-movimento-23030040>. Acesso em: 28 jun. 2019.