

HOMOFOBIA VERSUS DIREITO À DIVERSIDADE: ANÁLISE DA NORMA CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

HOMOFOBIA VERSUS RIGHT TO DIVERSITY: REVIEW OF CONSTITUTIONAL STANDARDS IN BRIEF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF MINORITIES

Bruno Henrique Gonçalves*
Deivison Resende Monteiro**
Geraldo Luiz Vianna***
Ronaldo Pimenta Mendes****

RESUMO

Este artigo está inserido na temática que envolve o estudo da soberania popular e sua tensa relação com os limites impostos pela norma constitucional garantidora de direitos fundamentais. Objetiva-se propor a reflexão acerca da lacuna legal no que tange a criminalização de condutas homofóbicas que têm marcado a contemporaneidade brasileira pela violência e a discriminação de minorias, em razão da identidade de gênero. Pretende, a partir de aspectos históricos e culturais e, também da

-
- * Coordenador Adjunto e Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Membro do Colegiado do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (e-mail: brunoh.goncalves@dir.ufla.br). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4574631E7>>.
- ** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Professor de Direito Internacional Público e Privado e Direito do Trabalho III da Universidade José do Rosário Vellano – Campo Belo (MG). (e-mail: drmadvogadosassociados@gmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4263960A0>>.
- *** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de São Lourenço e assessor jurídico da Unimed Circuito das Águas. (e-mail: geraldoluzvianna@gmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4321628J3>>.
- **** Acadêmico do curso de Direito promovido pela Universidade José do Rosário Vellano. Membro do núcleo de estudos sobre o crime e a pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Ex. monitor de Processo Civil, Direito Civil e Teoria Geral do Processo. Pesquisador. (e-mail: ronaldo8552@hotmail.com). Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8160377A9>>.

análise de algumas manifestações judiciais dos tribunais evidenciar o papel da Constituição da República na garantia dos direitos fundamentais das minorias. Para tanto, por meio da pesquisa bibliográfica, far-se-á uma detida análise de algumas proposições legislativas de alçada inclusiva, bem como o estudo de alguns julgados com o fito de verificar como o Poder Judiciário responde à lacuna do Executivo e Legislativo e se essa atuação é positiva.

Palavras-chave: criminalização; direitos fundamentais; diversidade; homofobia.

ABSTRACT

This paper was part of the theme that involves the study of popular sovereignty and its tense relationship with the limits imposed by the guarantor constitutional norm of fundamental rights. It aims to propose a reflection on the legal gap regarding the criminalization of homophobic behaviors that have marked the Brazilian contemporary violence and discrimination against minorities, on the grounds of gender identity. Want, from historical and cultural aspects and also the analysis of some legal manifestations of the courts highlight the role of the Constitution in guaranteeing the fundamental rights of minorities. For both, by means of bibliographic research, will be a share analysis of some propositions laws of heave inclusive, as well as the study of some tried with the aim of checking how the Judiciary responds to the executive and legislative gap and if this activity is posit.

Keywords: criminalization; fundamental rights; diversity; homophobia.

180

INTRODUÇÃO

A ideia de viver em democracia nos remete, ao menos de início, ao conceito de que o nosso modelo republicano deve ser conduzido por um ordenamento jurídico construído por meio de normas que reflitam uma convenção, ou congruência de subjetividades, na concepção central de Wittgenstein apud Condé¹ uma espécie de senso comum entre os participantes da sociedade o que serviria de norte para a elaboração de enunciados jurídicos – direitos subjetivos, deveres e normas. Tal contingência de interesses nasce carregada de influências, mitologias, tabus e preconceitos impregnados pela carga cultural oriunda, sobretudo dos pressupostos da modernidade com seu caráter essencialmente uniformizador, padronizador e exclusivo das diferenças. A democracia carrega consigo os desafios impostos para equilibrar a vontade das maiorias e a proteção das minorias.

¹ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein e a gramática da ciência. *Unimontes Científica*, Montes Claros, v. 6, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://ruc.unimontes.br/index.php/unicientifica/article/viewFile/63/57>>. Acesso em: 15/05/2016.

Enfrentar os limites dessa vontade majoritária é, certamente, o papel fundamental da norma constitucional. Cabe à Constituição a preservação de determinados temas, dentre eles os direitos fundamentais, contra a própria soberania popular.

Permeiar o tenso convívio existente entre a soberania popular (democracia majoritária) e a norma (constituição), quanto à garantia dos direitos fundamentais das minorias é o objeto de estudo ao qual se propõe o presente artigo, cujo esforço é concentrado especialmente ao que se refere ao tratamento (ou não tratamento) dado à questão da proteção dos direitos referentes às relações homoafetivas por meio da Carta Maior do Estado, normas infraconstitucionais e por fim, elencar como os outros estados nacionais estariam lidando com o assunto com intuito de propiciar o debate amplo e responsável à altura do tema.

Neste sentido pretende-se trazer uma abordagem a partir de um olhar voltado para três ângulos de discussão: (1) aspectos históricos e culturais e o papel da Constituição da República na garantia dos direitos fundamentais das minorias; (2) homofobia e normatização no Brasil; (3) manifestação dos tribunais: análise das manifestações judiciais acerca do tema.

Para tanto, *ab initio* será feito um levantamento bibliográfico acerca dos aspectos históricos e culturais a respeito da minoria LGBT. Por conseguinte, executar-se-á uma detida análise empírica, acerca dos projetos de leis que tratam da temática em questão, bem com algumas decisões proferidas por nossos tribunais, com vistas a analisar a coerência sistemática da atuação das funções do Estado na proteção das minorias à luz da Carta Maior de 1988.

ASPECTOS HISTÓRICOS E CULTURAIS E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

O processo histórico que o mundo testemunhou na construção do projeto moderno evidenciado, sobretudo a partir do ano de 1942 com a invasão das Américas por Colombo e pela expulsão dos mulçumanos da Península Ibérica proporcionada pela expansão dos reinos cristãos, apresenta-se como grande simbolismo para que possamos entender as origens do preconceito e da opressão às minorias intituladas “diferentes”².

A modernidade nasceu da pretensão europeia em colocar-se como o padrão étnico, cultural, religioso, social e comportamental a ser seguido, relegando às outras civilizações o papel de colônias meramente coadjuvantes e submissas ao “padrão civilizatório” proposto pelos países cristãos. A lógica europeia, em seu

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 12.

intento vitorioso de encobrimento cultural, uniformizador e padronizador exclui então todas as outras visões de mundo por meio da afirmativa de que seria a sociedade mais evoluída em detrimento de todas as outras que estariam ainda por evoluir³.

A partir de então, todo e qualquer comportamento diverso daquele proposto passa a ser tido como antiquado, inadequado, mau, pejorativo, feio e ruim.

Sem perder de vista que os pressupostos da modernidade, citados acima, foram terreno fértil para desenvolvimento do capitalismo, ainda hoje é possível sentir, claramente, a presença forte das concepções modernistas que excluem aqueles que não se amoldam aos padrões determinados para nossa época. É daí que se pode perceber os mais infundados critérios para a construção dos preconceitos que parecem estar vinculados ora a ideias religiosas, ora a padrões étnicos, ora ao comportamento.

Dentro deste sistema, onde as sutilezas de nossas diferenças e individualidades não são aceitas, existe um método de exclusão daqueles não reconhecidos: a violência.

O método da violência apresenta-se por diversos mecanismos de ação, que vão desde a violência física à violência psicológica, passando por estágios de condutas comissivas e omissivas perpetradas por indivíduos isoladamente, por grupos de pessoas, por instituições representativas de classes e até pelo próprio Estado.

Interessa aqui evidenciar a conduta omissiva do Estado, sobretudo, no que tange às atribuições do parlamento nacional, como método de exclusão de segmentos sociais minoritários e vulneráveis, a exemplo dos homossexuais.

As diversas modalidades de violência contra homossexuais no Brasil é uma realidade cada vez mais presente. Os dados levantados pelo antropólogo da Universidade Federal da Bahia e presidente do Grupo Gay da Bahia, Professor Luiz Mott⁴, são assustadores:

enquanto na década de 1980 matava-se em média um homossexual por semana, na década de 1990 esse número subiu para um homicídio a cada três dias e, agora, no início do terceiro milênio, essa média agrava-se ainda mais: um homossexual é assassinado a cada dois dias. Crimes, em sua maior parte, praticados com requintes de crueldade, motivados pelo machismo e homofobia – o ódio patológico aos homossexuais.

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 33.

⁴ MOTT, Luiz. *Causa mortis: homofobia – Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

De acordo com as pesquisas do Grupo Gay da Bahia, somente no ano de 2000 foram registrados 130 assassinatos de gays, travestis e lésbicas e 261 casos de discriminação anti-homossexual – números que revelam uma situação de extrema violência e intolerância contra mais de 10% da população brasileira, constituída por homossexuais, números que com certeza estão muito aquém da realidade, pois nossas fontes não cobrem a totalidade do território nacional⁵.

Esta circunstância resta ainda mais alarmante ao se verificar os dados fornecidos pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que realizou pesquisa por meio do disque 100, no ano de 2014, e constatou que a cada hora um homossexual sofre algum tipo de violência no Brasil.

Por conseguinte, último relatório elaborado pelo Grupo Gay da Bahia informa que no ano de 2014 foram documentadas 326 mortes de gays, travestis e lésbicas no Brasil, incluindo 9 suicídios. A intolerância é gritante: “dos 326 mortos, 163 eram gays, 134 travestis, 14 lésbicas, 3 bissexuais e 7 amantes de travestis (T-lovers). Foram igualmente assassinados 7 heterossexuais, por terem sido confundidos com gays ou por estarem em circunstâncias ou espaços homoeróticos”⁶. Estatisticamente, pode-se afirmar a ocorrência de um assassinato a cada 27 horas. Ou seja, se comparados com os dados obtidos no ano de 2000 o número de homicídios cometidos contra gays, travestis e lésbicas quase que triplicou.

Com tais números o Brasil permanece como sendo o país com mais crimes cometidos motivados pela trans/fobia. No ano de 2013, segundo agências internacionais, 50% dos homicídios de transexuais foram cometidos no Brasil⁷.

Os dados revelam uma espécie de senso comum ou congruência de interesses que insiste em repudiar o comportamento homossexual a ponto de negar-lhes a existência em nosso meio social. É possível perceber tal negativa ao se analisar a postura do parlamento nacional que atua com gritante violência, na medida em que deixa de manifestar-se sobre a proteção dos direitos desta minoria, sobretudo quanto à questão da necessária discussão acerca da criminalização de condutas homofóbicas.

Segundo o coordenador-geral de promoção dos direitos de LGBT da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, Gustavo Bernardes apud Walter “A

⁵ MOTT, Luiz. *Causa mortis: homofobia – violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

⁶ MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

⁷ MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

homofobia é estrutural no Brasil, assim como o machismo. Ela permeia toda a sociedade brasileira. Então o que temos de fazer de prevenção é um trabalho que perpassa toda a sociedade”⁸.

Aqui a questão é aberrante uma vez que a conduta omissiva de casas legislativas brasileiras não permite sequer que o assunto seja colocado em debate, evidenciado a subserviência dos mandatos parlamentares a interesses religiosos e, sabem-se lá quais outros. Na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional sequer se posicionam, seja a favor, seja contra⁹.

Se a vontade da maioria, neste caso em especial, coloca-se em posição de afetar a integridade física e psicológica de uma minoria socialmente vulnerável, negando-lhes o direito de livre pensamento e expressão, qual é o papel da Constituição? Deve refletir friamente a vontade das maiorias ou apresentar-se como instrumento de equilíbrio para a proteção dos vulneráveis?

Segundo o Prof. Dr. José Luis Quadros Magalhães¹⁰:

O “casamento” entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em maiorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática [...] são os direitos fundamentais.

A boa lembrança trazida no trecho acima nos chama a atenção para o “núcleo duro” de nossa Constituição: os direitos fundamentais e, no caso em estudo, mais especificamente, o direito à intimidade e à vida privada. Tais direitos é fruto do desdobramento da liberdade individual para dispor sobre a sua própria sexualidade, liberdade esta que não pode ser agredida pela vontade das maiorias.

⁸ WALTER, Bruna Maestri. *Violência contra os gays começa em casa*. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contra-gays-comeca-em-casa-27h630m9jll6evmgo52ni3wu>>. Acesso em: 07/05/2016.

⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

O respeito às individualidades decorre necessariamente do respeito a uma nação pluralista, declarada como tal no preâmbulo da Carta da República de 1988. A proposta constitucional coloca o pluralismo como valor sócio-político-cultural da república brasileira. Assim, a ideia de respeitar a diversidade e a individualidade é a concepção de que já não existe um padrão a ser seguido ou tomado como certo capaz de comparar pessoas, o que vai além do direito de ser diferente.

O direito de ser diferente é expressão de liberdade, mas o direito à diversidade, ou seja, de que a individualidade seja respeitada é questão de dignidade. O reconhecimento da liberdade individual de expressar suas preferências sexuais é uma emancipação direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido é que a norma – Constituição – deve fazer-se presente.

A alegoria criada por Platão¹¹, no livro VII de *A República*, nos calha para demonstrar o papel que se espera da norma. Na caverna de Platão a norma seria o instrumento capaz de romper as correntes e fazer com que os olhares dos prisioneiros se voltassem para a realidade, desfazendo os mitos e as distorções ilusórias que nos cegam.

Neste sentido, em substituição à inanição parlamentar, o poder judiciário é provocado a determinar a aplicação da norma. Os tribunais pátrios começam a se manifestar no sentido de assegurar a aplicação do conteúdo constitucional na defesa dos direitos fundamentais das minorias socialmente vulneráveis, estabelecendo os primeiros mecanismos de inclusão dessas minorias.

De outro lado, é possível constatar algumas iniciativas, quase heroicas, por parte do Legislativo de alguns Estados e Municípios e do Executivo da União na criação de políticas públicas inclusivas, que parecem ser as primeiras manifestações do Estado no afã de garantir minimamente os direitos fundamentais dessas minorias.

Por todos os olhares, a questão que se estabelece é saber qual é o poder dessas iniciativas para a desconstrução do preconceito vivido atualmente. É o que se comentará nas linhas que se seguem.

¹¹ O mito da caverna, criado pelo filósofo grego, pede que imaginemos um muro bem alto separando o mundo externo e uma caverna. Na caverna existe uma fresta por onde passa um feixe de luz exterior. No interior da caverna permanecem seres humanos, que nasceram e cresceram ali. Ficam de costas para a entrada, acorrentados, sem poder mover-se, forçados a olhar somente a parede do fundo da caverna, onde são projetadas sombras de outros homens que, além do muro, mantêm acesa uma fogueira. Pelas paredes da caverna também ecoam os sons que vêm de fora, de modo que os prisioneiros, associando-os, com certa razão, às sombras, pensam ser eles as falas das mesmas. Desse modo, os prisioneiros julgam que essas sombras sejam a realidade. Platão. *A República*. Disponível em: <http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>. Acesso em: 18/06/2015.

HOMOFOBIA E NORMATIZAÇÃO NO BRASIL

Uma breve introdução

Para tratar do tema homofobia e a (falta de) normatização no Brasil, adotou-se neste estudo, um conceito amplo¹² que envolve não só a violência física contra a pessoa em virtude de sua orientação sexual, mas também o não reconhecimento do direito a essa diversidade – como, *v.g.*, a omissão do Congresso Nacional com relação aos assuntos relacionados à criminalização de determinadas condutas “homofóbicas” ou a regulamentação da união homossexual.

Até hoje, pouco se produziu no legislativo do país acerca do assunto, embora seja constante a verificação de práticas discriminatórias contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Em nosso ordenamento jurídico positivo, podem ser encontradas algumas leis estaduais e municipais que, dentro de suas limitações no que se refere às competências legislativas previstas na Constituição, visam coibir a prática de determinadas posturas discriminatórias por meio da previsão de punições administrativas para estabelecimentos mantidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como seus agentes.

No âmbito do legislativo nacional, importantes projetos de lei estão tramitando no Congresso Nacional, muitos deles arrastando-se há anos, sem que haja uma postura definitiva dos parlamentares.

Contra as referidas reformas, em especial a denominada “criminalização da homofobia”¹³, argumenta-se que a iniciativa representa a concessão de “superdireitos” aos homossexuais, bissexuais e transgêneros. No entanto, a reforma legislativa nada mais faz do que incluir a mesma proteção que já possuem outras minorias¹⁴.

186

¹² Segundo Alexandre Bahia “o termo ‘homofobia’ não pode ser limitado a uma visão reducionista: ‘homossexualidade + fobia’ (isto é, como aversão a homossexuais). Homofobia se marca pela rejeição ou negação – em múltiplas esferas, materiais e simbólicas – da coexistência, como iguais, com seres afetivo-sexuais que diferem do modo sexual dominante. Violência não se dá apenas de forma física, mas igualmente em discursos que não reconheçam uma minoria como tal”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.

¹³ BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 122/2006*. Altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-Lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-Lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos. Projeto de Lei da Câmara. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 10/04/2015.

¹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.

Além do mais, pode-se dizer, com Dworkin¹⁵ que, em algumas circunstâncias, o direito de tratamento como igual – que é o direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa – não implicará a um só tempo um direito a igual tratamento – que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Em uma só palavra, a proteção de determinada minoria, se fundamentada, é legítima e não pode ser cognominada “superdireito”.

Diante da inércia do Congresso Nacional é possível notar que o Executivo tem adotado algumas ações inclusivas, especialmente no âmbito federal, na tentativa de minimizar a discriminação. Contudo, para que o Executivo possa agir, necessário se faz que haja leis (gerais e abstratas) elaboradas pelo Legislativo, representante que é da soberania popular no Estado de Direito Democrático. Além disso, o Executivo também tem se mostrado ineficaz na implantação e execução de políticas públicas.

Frete à notória ausência de atuação do Legislativo e limitações do Executivo (políticas e jurídicas), tem sido atribuída ao Judiciário a tarefa de tomar as decisões mais importantes acerca do tema “homofobia”, o que deve ser observado com a devida cautela.

O legislativo nacional

Existem leis estaduais que estabelecem penalidades pelo ato discriminatório praticado contra homossexuais, bissexuais e transgêneros.

Pode-se citar, como exemplo, a Lei n. 14.170/2002 do Estado de Minas Gerais, que “determina a imposição de sanções a pessoas jurídicas por ato discriminatório praticado contra pessoa por motivo de sua orientação sexual”; a Lei n. 3.406/2000, do Estado do Rio de Janeiro, que “estabelece penalidade aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual”; e a Lei n. 10.948/2001, do Estado de São Paulo, que “dispõe sobre penalidades a serem aplicadas na prática de discriminação em razão de orientação sexual”.

A legislação estadual normalmente prevê um rol exemplificativo de posturas discriminatórias a que visa coibir e punir, tais como: constrangimento físico, moral ou psicológico; impedimento ou criação de empecilhos para ingresso ou permanência no estabelecimento; preterimento no atendimento.

Como sujeitos passíveis da discriminação, as leis estaduais preveem qualquer pessoa, “em virtude de orientação sexual” – a lei paulista prevê expressamente “cidadão homossexual, bissexual ou transgênero” – e, como sujeitos passíveis de punição, estão elencados empresas públicas ou privadas e agentes públicos (na

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

forma de seus respectivos estatutos dos servidores) – a lei do Estado do Rio de Janeiro inclui no rol de sujeito passível de punição, além de pessoas jurídicas e agentes públicos, qualquer cidadão, civil ou militar.

Dentro da (restrita) autonomia constitucional dada aos Estados-membros para legislar¹⁶ – como já salientado, a União tem competência exclusiva para legislar sobre quase tudo –, as punições previstas nas leis estaduais são de natureza administrativa, tais como advertência, multa, suspensão de licença para funcionamento, cassação de licença para funcionamento e proibição de contratar com a Administração.

No mesmo sentido, há diversas leis orgânicas municipais com a expressa proibição de discriminação em razão da orientação sexual¹⁷. Também podem ser encontradas leis municipais que, a exemplo das mencionadas leis estaduais, estabelecem penalidades para estabelecimento que praticarem condutas discriminatórias contra pessoa em virtude de sua orientação sexual – a título de exemplo, cite-se as Leis ns. 8.176/2001, do Município de Belo Horizonte/MG e a 3.277/2001, do Município de Alfenas/MG.

Neste íterim, merece especial destaque a Lei Municipal n. 8.719/2003, também de Belo Horizonte, que dispõe sobre proteção e defesa dos direitos das minorias, inclusive contra a discriminação em razão da orientação sexual. Referida lei inclui como ação discriminatória “proibir a livre expressão e a manifestação de afetividade, caso essa expressão e manifestação sejam permitidas aos demais cidadãos”. Além disso, cria um “Sistema Municipal de Garantias dos Direitos da Cidadania” (atribuições de defesa das minorias) e, finalmente (também dentro de sua limitação de produção legislativa), dispõe que serão passíveis de punição todos aqueles que tenham autorização, permissão e concessão de serviço público.

No âmbito do Congresso Nacional, hoje existem projetos de lei em tramitação que tratam da questão da homofobia. Dentre eles, destacamos os seguintes:

- a) Projeto de Lei n. 81/2007, de autoria da Deputada Fátima Bezerra, que institui o dia 17 de maio como o “Dia Nacional do Combate à homofobia”. Este projeto foi aprovado pelas Comissões de Educação e Cultura e de Constituição e Justiça. No entanto, foi apresentado recurso em outubro de 2010, pelo Deputado Pastor Manoel Ferreira, no sentido de que o assunto, por ser polêmico, deve ser mais bem debatido.

¹⁶ O professor José Afonso da Silva (2010, p. 622), referindo-se à competência legislativa do Estado-membro assevera que, “[o] campo de incidência de sua legislação, no entanto, não vai muito além do terreno administrativo, financeiro, social (competência comum), de administração, gestão de seus bens, alguma coisa na esfera econômica nos limites [constitucionais] e quase nada mais [...]”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 622.

¹⁷ Para maiores informações: ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Disponível em: <www.abglt.org.br>. Acesso em: 10/04/2015.

- b) Projeto de Lei n. 4.914/2009, de autoria do Deputado José Genoíno, que altera a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), aplicando à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com a exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. Este processo foi arquivado em janeiro de 2011, por falta de apreciação até o término da legislatura, na forma do art. 105 do Regimento Interno da Câmara. Atendendo a requerimento da Deputada Manoela D'ávida (que é coautora do projeto) e de outros deputados, foi desarquivado em fevereiro de 2011, e atualmente encontra-se em apreciação pelas comissões da casa, tendo sido apensado ao PL n. 580/2007 (altera a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva).
- c) Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 122/2006, de relatoria da Senadora Fátima Cleide, que altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos. O referido projeto, que hoje se encontra no Senado, teve origem na Câmara (PL n. 5.003/2001, da Deputada Iara Bernardes, aprovado naquela casa em novembro de 2006), e tinha como previsão originária os termos “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. A alteração no Senado acrescentou “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. Comissão de Assuntos Sociais aprovou o relatório com o texto substitutivo do Senado. Ao tramitar pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, foi realizada audiência pública em maio de 2012. Hoje o projeto encontra-se no gabinete da Senadora Marta Suplicy (atual relatora com o término do mandato da Senadora Fátima Cleide), para conclusão do relatório.
- d) Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 612/2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em maio de 2012 o projeto foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, e encontra-se, atualmente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da casa.

Quanto ao direito comparado, alguns países da América do Sul têm uma regulamentação mais atualizada tratando do tema. Pode-se citar, como exemplo, a recente Lei n. 1.482, de 30 de novembro de 2011, da Colômbia, que introduziu alterações no Código Penal para criminalização de atos de racismo e discriminação, inclusive por razão de orientação sexual.

Entre as alterações realizadas no Código Penal colombiano, destacam-se as seguintes:

Artículo 3º. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

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 4º. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

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.

190

Na Argentina foi promulgada no dia 21 de julho de 2010 a Lei n. 26.618 que, alterando o art. 172 do Código Civil, incluiu o seguinte texto: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Também na Argentina foi aprovada a chamada *Ley de Identidad de Género* (Lei n. 26.743, de 9 de maio de 2012), que institui o Direito a identidade de gênero, ou seja, como cada pessoa se sente, podendo corresponder ou não ao indicado no momento do nascimento. Esta lei permite a mudança de nome, foto e sexo no documento para adequá-lo ao gênero auto atribuído e obriga o sistema de saúde a custear os tratamentos de modificações corporais das pessoas transgêneros.

Outros exemplos podem ser citados, também em locais cultural e geograficamente próximos do Brasil, como a Cidade do México, que a exemplo da Argentina aprovou em 2010 o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e o Uruguai e Equador, que já reconheceram a união estável homoafetiva em 2008 e 2009, respectivamente¹⁸.

¹⁸ BAHIA, Alexandre. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 111.

Por fim, cite-se o mais recente país que promoveu a aderência aos ditames da diversidade e prevalência do Ser Humano e sua dignidade, sobre o “homem” e seu egoísmo, os Estados Unidos da América. No dia 26 de junho de 2015 a Suprema Corte, em histórico julgamento, por cinco votos a quatro, determinou que os 50 estados federados não poderão mais banir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo esse direito no plano federal¹⁹.

Algumas ações inclusivas do Executivo

Diante da problemática da discriminação e da insistência pelo não reconhecimento – com ações ou omissões – do direito à diversidade dessa minoria, o Executivo (especialmente o federal) tem promovido algumas ações inclusivas, o que podemos chamar, novamente com Dworkin²⁰, de “discriminação compensatória”²¹, que também se explica na distinção que o autor faz entre “direito a igual tratamento” e “direito de ser tratado como igual”²².

Cite-se, como exemplo, as seguintes ações inclusivas:

- a) No Ministério da Saúde: campanha “Sou travesti, tenho direito de ser quem eu sou”, com Distribuição de material informativo; uma Portaria que institui, no âmbito SUS, o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde; uma Súmula Normativa (n. 12) da ANS²³, que entende por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

¹⁹ A histórica decisão foi consequência da iniciativa de quatorze casais homossexuais e mais dois homens cujos companheiros faleceram que provocaram o Judiciário alegando que a definição do casamento como a união entre um homem e uma mulher nos Estados de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee violaria a Emenda 14 da Constituição. Segundo essa emenda, aprovada ao final da guerra civil, nenhum Estado pode tirar a vida, a liberdade ou a propriedade sem que haja a garantia do devido processo legal. Com interpretação cada vez mais ampliada, esta mesma emenda serviu de base para a decisão que invalidou, por exemplo, casamentos interraciais (*Loving v. Virginia*) e também consagrou o direito ao casamento para pessoas presas (*Turner v. Safley*). Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/26/um-casamento-para-todos-a-decisao-da-suprema-corte-dos-eua>>. Acesso em: 28/06/2015

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

²¹ No original: Reverse discrimination. Na tradução de Antônio de Araújo, encontramos a expressão “Discriminação Positiva”. DWORKIN, Ronald. *Discriminação positiva*. Subjudice, v. 12, 1998, p. 144-153.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 349-350.

²³ Paramaioredetalhesacessar:<http://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view>.

- b) No Ministério da Educação: programa Escola Sem Homofobia, que contém material didático-pedagógico direcionado aos professores, com o objetivo de dar subsídios para que abordem temas relacionados à homossexualidade; kit anti-homofobia, que após muita polêmica e protestos das bancadas religiosas no Congresso, a presidente Dilma Rousseff determinou a suspensão.
- c) No Ministério do Planejamento: portaria que obriga os órgãos da Administração Pública Federal a aceitar o uso do “nome social” de travestis e transexuais em documentos oficiais; regulamentação do direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro DPVAT.
- d) No Ministério das Relações Exteriores: concessão passaportes diplomáticos ou oficiais para companheiros homossexuais de servidores que trabalham nas representações do Brasil no exterior, em igual tratamento aos casais heterossexuais.

A RELAÇÃO HOMOSSEXUAL E AS MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS NO BRASIL

192

Inegavelmente o Supremo Tribunal Federal tem assumido a tarefa de grande debatedor das relevantes questões que exaram o interesse nacional. Por diversas razões o Poder Judiciário tem exercido um papel decisivo na implementação dos direitos fundamentais. Trata-se do que se tem nomeado de “Judicialização da Política”²⁴. Mais um exemplo desta atuação é a recente decisão do STF na ADPF 132²⁵ que julgou pela possibilidade de extensão dos efeitos das normas referentes à união estável aos casos de casais homossexuais.

As lições de Luís Roberto Barroso²⁶, aqui, encaixam-se perfeitamente:

de fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre

²⁴ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo*, São Paulo, 2010, p. 14-15.

²⁵ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Não que esta decisão esteja equivocada de forma material. Muito pelo contrário. Mas pela normatividade constitucional o papel de grande debatedor das grandes questões nacionais ficaria a cargo do Poder Legislativo, órgão que a constituição escolheu e que detém espaço para discussão de forma aberta e igualitária.

Esta atuação do Poder Judiciário tem recebido críticas e homenagens. Conduzidas estas, muito distante daquela de outrora que se pautava pela mínima intervenção na implementação de direitos fundamentais, movimento conhecido como autocontenção judicial. A complexidade do tema evidencia que devemos ter responsabilidade e cuidado no fomento da referida atividade por meio do Poder Judiciário.

Algumas objeções estão sendo postas à crescente intervenção judicial. A primeira se refere aos riscos para a legitimidade democrática, haja vista o poder de invalidar decisões governamentais sufragadas por milhões de votos como no caso do Presidente da República. A segunda objeção tem a ver com a imaginada interferência da política na determinação da justiça no caso concreto. Ou seja, o magistrado deve fundamentar suas decisões e decidir com base nas normas existentes e não por questões de mera conveniência. Deverá inclusive, em determinados momentos, agir de modo contra majoritário em proteção aos direitos fundamentais. A terceira delas se refere aos limites da capacidade institucional do judiciário de assumir tamanha função, de resolver todos os males que nos assolam²⁷. Será que o magistrado teria condições de saber de antemão o impacto de determinadas decisões no plano social? O Judiciário seria, então, o grande resolver de todos os males? Não seria muita pretensão?

Este problema, com esboço em Barroso²⁸, tem decorrência lógica do modelo constitucional assumido pela Constituição da República de 1988, que num movimento pós-segunda guerra mundial, trouxe a implementação dos direitos fundamentais de forma ampla e auferível por meio de demandas judiciais que crescem a cada dia sem que possa o Poder Judiciário resolver todas de modo igualitário e desprovido de qualquer sentimento emocional.

O constituinte de 1988 ampliou a atuação do Poder Judiciário ao estabelecer que este figuraria *ultima ratio* como o garantidor acerca da implementação dos

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

direitos fundamentais. Assim, resta-nos saber qual o limite que deverá ser imposto ao Poder Judiciário nesta tarefa. Melhor ainda, resta saber como instrumentalizar que os referidos Poderes omissos tomem a iniciativa que lhes são postas pelo constituinte para que, ao final, seja mantida a divisão de poderes e que as decisões passem a respeitar as capacidades institucionais de cada um e, conseqüentemente, seja resguardada a democracia que todos nós almejamos.

Ao se falar da crise de representatividade do Congresso Nacional cumpre tecer algumas considerações sobre a análise do ordenamento que tem como base a Constituição da República de 1988. A norma constitucional, ao determinar a forma de organização do Estado Brasileiro, dentre outras tantas atribuições que assumiu, determina que o legislador ordinário providencie a criação de legislação ordinária a ponto de concretizar os direitos provenientes daquelas aspirações anteriormente trazidas de forma geral e abstrata.

Certamente, como prescreve o Preâmbulo da Constituição da República de 1988, é objetivo de todos os brasileiros construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O que se percebe, atualmente, é a existência de uma crise de representatividade de diversas instituições. Em evidência, uma que assola o Poder Legislativo (principalmente o nacional), que não assumiu a tarefa que lhe foi imposta pela Constituição da República de 1988, como palco de grandes discussões de interesse nacional. Esta omissão tem impellido o Judiciário a realizar a referida tarefa. No caso da proteção dos direitos dos homossexuais tem-se uma peculiaridade: paralelamente ao Judiciário, Legislativos Estaduais e Municipais e o Executivo têm assumido ações no sentido de amenizar a referida omissão com a promulgação de atos normativos. No entanto, ficam limitados em sua atuação se consideradas suas capacidades institucionais.

Em princípio, pode parecer que se deve fomentar tais atuações, haja vista que, de algum modo, a população brasileira tem sido alcançada pela implementação de políticas públicas. Antes disso, no entanto, importante se atentar para a possibilidade de momentaneamente resolver-se um problema e, em decorrência de atitudes violadoras dos limites das capacidades institucionais, provarmos uma série de outros problemas.

Como tem ocorrido com diversos outros temas de relevância para o país, diante de uma democracia representativa em crise, com um Parlamento sem agenda e um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais, a questão tem sido levada ao Judiciário que, muito em razão da proibição do *non liquet*, tem assumido o papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive na defesa das minorias²⁹.

²⁹ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro

Em decorrência de uma legislação que não acompanhou as transformações sociais, em especial na tratativa das relações homossexuais, muitas questões concretas têm desaguado no Judiciário para que este decida, com base na normatividade posta, resolvendo os conflitos existentes. Cumpre observar, antes de adiantar qualquer prognóstico acerca do tema, que a falta de legislação não influencia na existência deste tipo de relação. Ela existe e continuará existindo. O que se verifica é o abandono por parte do Estado que não demonstra vontade política, por diversas razões, de garantir o respeito de direitos fundamentais por parte desta minoria que a todo o momento sofrem preconceitos por uma escolha acerca de sua opção sexual que, diga-se de passagem, reflete uma escolha livre que não ultrapassa o direito de sua intimidade, não podendo o Estado interferir senão para protegê-la.

O primeiro questionamento acerca da conflituosidade decorrente das relações homoafetivas se direciona a definir qual órgão do Poder Judiciário seria o competente para resolver conflitos desta natureza. As normas de organização dos tribunais fazem uma divisão dentro das varas cíveis no sentido de especializar o tratamento quando se referem a questões de direito de família. No primeiro momento havia uma discussão se as relações homoafetivas deveriam ser tratadas como provenientes do direito de família ou como simples relações obrigacionais. A definição desta competência tem consequentemente resultados diversos. As consequências decorrentes do direito de família seriam mais protetivas e garantistas e não se pautariam pela mera discussão econômica.

Esta discussão, em um primeiro momento tem, de forma majoritária, definido a competência da Vara Cível por considerar as relações homoafetivas como meras sociedades de fato, desprovidas de qualquer afeto, cujo término desta relação geraria apenas consequências obrigacionais³⁰. Em segundo momento, de forma exemplar a jurisprudência foi tomando outro caminho, no sentido de determinar a competência das Varas de Família³¹, nas comarcas onde elas existam, por considerar que estas relações são provenientes de afeto e configurariam mais uma forma de família cujo legislador apenas exemplificou no texto constitucional.

Chegou ao Poder Judiciário a discussão sobre a possibilidade de casais homossexuais adotarem filhos de forma conjunta. A jurisprudência começou a determinar a sua impossibilidade em decorrência de que a norma legal prevista no art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente exigiria que os adotantes

– análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, 2010, p. 14-15.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 148897/MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em: 27/06/2015.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70002355204, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, j. 11/04/2001. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-43897100>>. Acesso em: 27/06/2015.

fossem casados civilmente ou em união estável mais a comprovada estabilidade da família. Se a união homoafetiva não era considerada para fins de união estável o primeiro requisito não estava cumprido razão da declaração de impossibilidade. Decisão justificada inclusive para manutenção de uma posição coerente e para proteção da segurança jurídica. Desconsiderava-se, a princípio, inclusive a busca do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrência da proteção integral destes insculpida de forma clara pelo ECA. Agora, em prol da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente a jurisprudência caminha para o afastamento do preconceito decorrente da orientação sexual e conceder a referida pretensão³².

Outra questão que chegou ao Poder Judiciário foi à possibilidade de modificação de registro civil da pessoa que optasse pela intervenção cirúrgica cujo objetivo era a redesignação de sexo em face de sua orientação sexual. A justificativa de modificação baseava, prioritariamente, em evitar o constrangimento provocado pela aparência física que não se conformava mais com aquela descrita pelo documento que o identificava. Invoca-se para negar a referida pretensão, a falta de previsão legal e os inconvenientes que decorreriam desta. A jurisprudência tem modificado seu entendimento, também, sobre esta pretensão em prol da proteção dos direitos da personalidade que tem fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil³³.

196

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal no exercício de suas atribuições constitucionais foi chamado a decidir uma questão que o Congresso Nacional se recusa a discutir – a questão da proteção legal das relações homoafetivas – quando do julgamento da ADPF 132. Fazendo uma análise interpretativa das normas constitucionais chegou à conclusão de que as determinações decorrentes da configuração da união estável deveriam ser aplicadas nas relações homoafetivas sob pena de consagrar-se mais uma forma de preconceito para com aquelas pessoas.

Por fim, importante registrar que, muitas vezes direcionam para necessidade de criminalização de condutas homofóbicas. Muitas agressões direcionadas aos homossexuais tem tido insurgência em face exclusivamente de um preconceito injustificado de pessoas que simplesmente não aceitam a liberdade de outras escolherem sobre sua orientação sexual.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 27/06/2001.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70013909874, 7ª Câmara Cível, rel^a. Des^a. Maria Berenice Dias – j. 05/04/2006. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WXW-3xzyE9sJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70013909874.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27/06/2015. GS – Apelação Cível 70013909874, 7ª Câmara Cível, rel^a. Des^a. Maria Berenice Dias, j. 05/04/2006.

A necessidade de imposição de pena exige invariavelmente a necessária tipificação da conduta dita incriminadora. Isto porque, no Brasil, adota-se o princípio da reserva legal, que tem como função primordial a proteção dos indivíduos em face da proeminente vontade estatal de punir.

A Lei n. 7.716/89, com modificações recentes pela Lei n. 12.288/2010, estabelece condutas e sanções resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não se refere, injustificadamente, da proteção acerca da orientação sexual, uma das diversas formas de preconceito. É inegável o fato de que diversas condutas criminosas têm como origem a discriminação decorrente de orientação sexual. Se o legislador pretende evitar condutas preconceituosas, em face de uma melhor integração social, razão não há para se negar a crescer na mesma proteção aquelas pessoas cuja orientação sexual seja apenas diferente da maioria. Esta questão deverá ser levada o quanto antes para o debate na esfera pública própria.

Contudo, mostra-se necessário, como anteriormente dito, a atuação estatal no sentido de proteger os direitos decorrentes da relação homossexual em toda sua extensão e forma. Trata-se de uma escolha legítima decorrente de um direito à intimidade. Aqui, a atuação estatal quanto à produção normativa é indispensável e não única para consecução de objetivos na eliminação de preconceitos. A sociedade tem papel importantíssimo na consecução deste resultado.

A simples tipificação de condutas criminosas com a definição de penas graves não conseguirá alcançar os objetivos queridos. Trata-se apenas de um dos instrumentos dentre tantos outros. Certo de que o preconceito não pode ser tolerado em nenhuma de suas vertentes. No contexto do Estado Democrático de Direito, o Estado deve buscar todos os instrumentos a sua disposição para eliminar qualquer forma de preconceito que acaba por desprestigiar uma parte de nós enquanto sociedade que preza e necessita da proteção plural dos interesses.

197

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário como protagonista no palco de debate de temas de repercussão nacional tem gerado inconformismo por parte de alguns e fomento desta atividade por outros. Resta saber, até que ponto isso seria legítimo em face do modelo constitucional vigente que preordenou que o local para estas discussões seria o Congresso Nacional, que detém democraticamente a representação popular.

Neste diapasão, em face da inércia do Poder Legislativo na discussão dos grandes temas nacionais, o Poder Judiciário, no modelo constitucional vigente não consegue se afastar desta necessidade até porque cumpre a tarefa, inclusive contramajoritária, de defesa dos direitos fundamentais.

Em princípio, esta atuação desordenada deste poder pode nos parecer inofensiva. No entanto, está em jogo não só a implementação dos direitos fundamentais. A grande inconveniência, se assim podemos dizer, é o problema decorrente da crise de representatividade do Congresso Nacional que deságua num enfraquecimento de nossa democracia que se funda na soberania popular.

Por enquanto, os tribunais têm garantido, como no caso da ADPF 132, o respeito aos direitos fundamentais das minorias. No entanto, resta saber até que ponto deve-se esperar que o Poder Judiciário decida sobre questões eminentemente políticas tendo em vista que sequer passou pelo espectro de análise do órgão cujas capacidades institucionais são infinitamente melhores para elucidação e discussão da matéria, que em muito influencia nos caminhos que a sociedade pretende seguir. A referência diz respeito à atuação do Congresso Nacional.

Mostra-se indispensável que o Congresso Nacional assuma, o quanto antes, suas atribuições. A principal, de palco de discussão das grandes questões nacionais, sendo uma delas, a regulamentação das relações homossexuais a ponto de que sejam respeitadas e afastadas de quaisquer formas preconceituosas. Cumpre-nos, enquanto sociedade, assumir a proteção dos diversos interesses existentes haja vista tratarmos de um Estado cujas qualificações são as mais plurais possíveis.

Não se trata, simplesmente, da criação de novos tipos penais incriminadores, mas, sobretudo, de uma legislação que almeje resguardar os direitos, constantemente violados, das minorias homoafetivas. Leis que tornem o ensino mais inclusivo, do ponto de vista da aceitação do outro como igual, são de suma importância. Não se trata de doutrinar, mas, pelo contrário, educar.

A possibilidade da união homoafetiva e que garanta os direitos sucessórios aquele que possui companheiro do mesmo sexo, regulada por meio de lei, também é medida ser tomada pelo Congresso Nacional.

No caso específico da proteção das minorias homoafetivas, no que tange as diversas relações jurídicas daí decorrentes, vislumbra-se até o presente momento uma inércia do Congresso Nacional na função primordial de discussão acerca da fixação das normas correspondentes a este fato social de maneira ampla, aliado a atividade do Poder Executivo que, como pode, tenta dar certa segurança e proteção a qualquer tipo de atuação preconceituosa por questões de opção sexual.

De forma não muito diferente, o Poder Judiciário no afã da implementação dos direitos fundamentais tem garantido o acesso de alguns direitos essenciais decorrentes das normas constitucionais e legais em prol da necessária integração social. Necessário se faz, enquanto sociedade organizada, contribuir efetivamente para a valorização e proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias, que não se restringem aos direitos dos homossexuais, de forma a alcançar o respeito à diversidade que a todo o momento se mostra presente na complexidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALFENAS. *Lei n. 3.277/2001*. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/legislacao-municipal/.../leis-de-alfenas>>. Acesso em: 10/04/2015.
- ARGENTINA. *Lei n. 26.618/2010*. Código Civil. Modificación. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>. Acesso em: 27/06/2015.
- ARGENTINA. *Lei n. 26.743/2012* Disponível em: <<http://www.clam.org.br>>. Acesso em: 10/04/2015.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 14/05/2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.176/2001*. Estabelece penalidade para estabelecimento que discriminar pessoa em virtude de sua orientação sexual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/236845/lei-8176-01/>>. Acesso em: 27/06/2015.
- BELO HORIZONTE. *Lei n. 8.719/2003*. Dispõe sobre proteção e defesa dos direitos das minorias. Disponível em: <<http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/236586/lei-8719-03#par-1--art-8>>. Acesso em: 10/04/2015
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/06/2015.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 81/2007*. Institui o dia 17 de maio como o Dia Nacional do Combate à homofobia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340331>>. Acesso em: 23/07/2012.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 4.914/2009*. Altera a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), aplicando à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com a exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>>. Acesso em: 10/04/2015.
- BRASIL. CÂMARA. *Projeto de Lei n. 122/2006*. Altera a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes de preconceito de raça ou cor), o Decreto-lei n. 2.848/40 (Código Penal) e o Decreto-lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para redefinir as infrações resultantes de discriminação ou preconceito, acrescentando novos conceitos.

Projeto de Lei da Câmara. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 10/04/2015.

BRASIL. *Lei n. 8096/90*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. *Lei n. 7.716/89*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 612/2011*. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589>. Acesso em: 10/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132*. Min. rel. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 148897/MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70002355204 – 7ª Câmara Cível rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, j. 11/04/2001. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-43897100>>. Acesso em: 27/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC 70013909874, 7ª Câmara Cível, rel.ª. Des.ª. Maria Berenice Dias, j. 05/04/2006. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WXW-3xzyE9sJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70013909874.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27/06/2015.

CARTA CAPITAL. *Suprema Corte dos EUA reconhece legalidade do casamento gay*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>>. Acesso em: 27/06/2015.

COLÔMBIA. *Lei n. 1.482/2011*. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley148230112011.pdf>>. Acesso em: 10.04.2015. Acesso em: 27/06/2015.

CONDÊ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein e a gramática da ciência. *Unimontes científica*. Montes Claros. v.6, n.1, jan./jun. 2004. Disponível em <http://ruc.unimontes.br/index.php/unicientifica/article/viewFile/63/57>>. Acesso em: 15/05/2016.

DWORKIN, Ronald. *Discriminação positiva*. São Paulo: Subjudice, v. 12, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 179-202, jan./jun. 2016

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Eduardo Henrique Lopes Figueiredo et al. (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINAS GERAIS. *Lei n. 14.170/2002*: Determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14170&comp=&ano=2002>>. Acesso em: 27/06/2015.

MOTT, Luiz. *Causa mortis*: homofobia – Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>. Acesso em: 15/05/2016.

MOTT, Luiz. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil*: Relatório 2014. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 07/05/2016.

PLATÃO. *A república*. Disponível em: <http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>. Acesso em: 18/06/2015.

QUINALHA, Renan. *Um casamento para todos*: a decisão da suprema corte do EUA. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/26/um-casamento-para-todos-a-decisao-da-suprema-corte-dos-eua>>. Acesso em: 28/06/2015.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 3.406/00*. Estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual, e dá outras providências. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/143407/lei-3406-00>>. Acesso em: 27/06/2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÃO PAULO: *Lei n. 10.948/2001*. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acesso em: 27/06/2015.

THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, 2010.

WALTER, Bruna Maestri. *Violência contra os gays começa em casa*. *Jornal Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contragays-comeca-em-casa-27h630m9ljll6evmgo52ni3wu>>. Acesso em: 07/05/2016.

Data de recebimento: 07/12/2015

Data de aprovação: 16/04/2016

