

MINORIAS SEXUAIS E HOMOFOBIA NO DIREITO BRASILEIRO: BREVES DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS

SEXUAL MINORITIES AND HOMOPHOBIA IN BRAZILIAN LAW: BRIEF CONSTITUTIONAL DELINQUENCIES

Gabriela Soares Balestro¹

Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia²

“Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo.” (Albert Einstein)

“Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.” (Rodrigo da Cunha Pereira. *A sexualidade vista pelos tribunais*).

RESUMO: presente estudo trata da necessidade de dar proteção legal às minorias sexuais no que tange à criminalização de práticas discriminatórias. Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso protegeu várias minorias, inclusive os LGBT. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as consequências práticas da vivência plena da homossexualidade, sendo que tal fato pode ser observado diante da inércia na aprovação do Projeto de Lei n. 122/2006, que levou ao seu arquivamento recente, e no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4733 perante o STF que visa a criminalização da homofobia, considerando-se a inércia do Legislativo e os atos violentos praticados contra as minorias sexuais LGBT como atos de racismo. Ser hétero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado, pois sem dúvida deve haver o respeito aos princípios constitucionais de igualdade, da dignidade da pessoa, aliados aos demais valores fundamentais, e princípios gerais que regem o direito brasileiro.

1 Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires, Doutoranda em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia, Mestre em Direito (Relações Sociais e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Ensino de Espanhol pela Universidade Candido Mendes, Pós Graduanda em Educação pela Universidade Federal de São Del Rey, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Licenciada em Sociologia pela Universidade Paulista - UNIP, Graduanda em Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional. gabybalestero@yahoo.com.br

2 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG; Professor Adjunto da UFOP e IBMEC – BH; Coordenador do Programa de Mestrado “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da UFOP; Bolsista de Produtividade do CNPq; Advogado. alexprocesso@gmail.com.



Palavras-Chave: homoafetividade; igualdade; proteção legal; criminalização; homofobia.

ABSTRACT: This study addresses the need for legal protection for sexual minorities with respect to criminalization of discriminatory practices. In the 1988 Constituent Assembly, to prohibit discrimination of any kind, Congress legalized “being” homosexual. Since then, however, little has been done in the Legislature to combat prejudice based on sexual orientation. In its activity, congressmen continue to disregard the practical consequences of the full experience of homosexuality, considering that it can be observed on the inertia in the adoption of Bill no. 122/2006 and the judgment of the Writ of the Unconstitutionality n. 26 and the Writ of Injunction 4733 before the Supreme Court that seeks to criminalize homophobia, considering the violent acts committed against sexual minorities LGBT as acts of racism. Being straight or gay should not lead to any difference in treatment by the state, because without doubt there must be respect for constitutional principles of equality, human dignity, combined with other fundamental values and principles governing the law of Brazil.

Keywords: homosexuality; equality; legal protection; criminalization; homophobia.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição, fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II)³, além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual.

3 E nesse sentido há vários Documentos Internacionais especificamente tratando da necessidade objetiva dos Estados adotarem políticas de proteção e de promoção de Direitos da minoria LGBT. Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 89-106, abr./jun. de 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198675>>; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Direito à Não Discriminação e Homofobia no Brasil, Resoluções Internacionais e a Constituição de 88. In: José L. Quadros de Magalhães. (Org.). **Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 1-18; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, p. 65-92, 2013; BAHIA, Alexandre Melo Franco. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisboa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327; BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. **Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374; BAHIA, Alexandre Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, p. 409-431, outubro 2010.

O debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia teve início com a proposição dos projetos de lei 4.242/03, 3.770/00, 05/2003 e 5.003/2001, reunidos no PLC 122/2006 e que, após ficar dois anos sem movimentação no Senado, foi arquivado em janeiro de 2015,⁴ visto que os congressistas continuam desprezando a necessidade de dar proteção legal às consequências da vivência prática da homossexualidade, pois, a orientação sexual do ser humano não deve acarretar qualquer diferença de tratamento pelo Estado, pelo contrário deve receber o seu amparo e proteção.

É necessário derrubar o preconceito e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual, visto que em um Estado Democrático de Direito, não basta a inclusão social (política de redistribuição), é necessário também o reconhecimento.⁵ O sistema de direitos fundamentais deve estar apto a detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diversidade – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la, tal como reclamado pelo art. 5º, §2º da Constituição. Nesse sentido, mostra-se premente a necessidade de proteção legal das minorias sexuais (LGBT) que estão colocadas à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito. Eis o objetivo do presente estudo.

1. DO CONCEITO: A HOMOAFETIVIDADE

Primeiramente entende-se que a sexualidade na identidade de uma pessoa, representa uma “[...] dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade”⁶ e, como tal, representa bem jurídico personalíssimo.

A orientação sexual é uma componente da sexualidade enquanto conjunto de comportamentos relacionados com a pulsão sexual e com sua concretização. Se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designamos tal orientação por ‘homossexualidade’; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se da ‘heterossexualidade’; e, ainda, de ‘bissexualidade’, se o sexo do parceiro é indiferente.⁷

A identidade de gênero, relacionada às pessoas trans (transexuais, travestis, intersexuais⁸ e demais pessoas que não se encaixam no modelo binário dos papéis dos gêneros masculino e feminino), por sua vez, diz respeito à “[...] 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.”⁹

4 <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados>.

5 No sentido dado por FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia*. Barcelona: Herder, 2008.

6 Roger Raupp Rios. **A homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pág. 90-91.

7 BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 23.

8 Vulgarmente conhecidas por “hermafroditas”.

9 **Princípios de Yogyakarta**, 2010, p. 07-10, disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>>. No mesmo sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, *Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo* (PLC 122/2006), In: Tereza Rodrigues Vieira. **Minorias sexuais – Direitos e preconceitos**, São Paulo: Consulte, 2012, p. 37-38.

Antes chamada de “transexualismo” ou “transtorno de identidade de gênero”, a condição da pessoa *trans* deixou de ser considerada patologia pela mais recente versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais – 5ª Edição – DSM-V, em fins de 2012.¹⁰

Ser LGBT não se trata de um “estilo de vida”, uma “opção”, “conduta”, “comportamento”. Está consolidado no meio científico que ser LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, tão saudável como ser heterossexual: desde 1973 a homossexualidade foi retirada da classificação de patologias da Associação Americana de Psiquiatria; em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou a mesma postura; no Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina deixaram de considerar a homossexualidade um desvio sexual; e, em 1999, por meio da Resolução nº 01/1999, o Conselho Federal de Psicologia estabeleceu regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, declarando expressamente que a “homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” e proibiu os psicólogos de colaborarem com eventos e serviços que proponham tratamento e/ou cura da homossexualidade; em 17 de maio de 1990, a Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID).

O vocábulo homossexualidade foi dado pelo médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo “sexualidade semelhante”. Em 1911, E. Harsh-Haak cunhou a expressão homoerotismo na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo-homossexuais.

Porém infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a expressão *inversão sexual* já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão homoafetividade no ano 2000 procurou “evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos

10 Fala-se hoje apenas em “disforia de gênero”, ou seja, corresponde ao sofrimento emocional, resultado de “uma incongruência marcante entre o gênero experimentado/exprimido e o gênero atribuído.” (Zack Ford. APA Revises Manual: being transgender is no longer a mental disorder. **ThinkProgress**, 03 dec. 2012, disponível em: <<http://thinkprogress.org/lgbt/2012/12/03/1271431/apa-revises-manual-being-transgender-is-no-longer-a-mental-disorder>>). Contudo, alerte-se: “Algumas pessoas vêem nessa alteração um passo importante para a despatologização. Porém, ativistas trans de todo o mundo lutam pela retirada de tais classificações dos manuais de psiquiatria, afirmando que as identidades trans não são uma doença, lutando, assim, pelo direito de decidirem autonomamente sobre seus corpos. [...] a necessidade de uma avaliação psiquiátrica e um acompanhamento regular de candidatos à modificação corporal do sexo impõe uma adaptação a modelos tradicionais de masculinidade de feminilidade’, o que exclui a diversidade dessa experiência e revela uma obstrução do direito à autodeterminação (AMARAL, 2011, p.84). [...] O sofrimento psíquico e os desconfortos gerados a partir da discordância entre o sexo biológico e o psicológico não são os únicos problemas enfrentados por essas pessoas. Dentro desse contexto, o desamparo e a vulnerabilidade são reforçados quando faltam apoio e suporte do Estado, principalmente nos casos em que os recursos financeiros são escassos.” (Liliana Lopes Pedral Sampaio; Maria Thereza Ávila Dantas Coelho. **A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida**, p. 11. III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades - 15 a 17 de Maio de 2013 - Universidade do Estado da Bahia - Campus I Salvador - BA, disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosesexualidades/files/2013/06/A-transexualidade-na-atualidade-discurso-cient%C3%ADfico-pol%C3%ADtico-e-hist%C3%B3rias-de-vida.pdf>>; grifou-se)

de afetividade”¹¹. Já Enézio de Deus Silva Júnior¹² prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais¹³.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹⁴ “a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero.”

Nesse sentido, a homossexualidade¹⁵ não é uma doença, nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida.

Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial o que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.¹⁶

Assim, paulatinamente, a orientação sexual e a identidade de gênero vêm sendo reconhecidas como reflexo do direito à liberdade sexual, que integra a própria ideia de

11 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

12 *Idem*.

13 “A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31.01.1995, com 31 grupos fundadores. Hoje é a maior rede GLBT na América Latina, composta por 203 organizações, sendo 141 grupos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, e mais 62 organizações colaboradoras voltadas aos direitos humanos e AIDS. Na assembleia realizada por ocasião da Conferência Nacional, em junho de 2008, foi aprovada a alteração da sigla para LGBTT. A referência inicial é às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais. Os travestis, transexuais e transgêneros são contemplados pelos dois “T”. A nova grafia, ao tornar mais visível a homossexualidade feminina, se coaduna com as expressões utilizadas internacionalmente.” (DIAS, 2009, p. 49.)

14 “Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970. Assim, percebe-se que ela é uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade. Não é ela uma ‘opção’ do indivíduo, pelo simples fato de que ninguém escolha em dado momento de sua vida se vai ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Da mesma forma, não se consegue ‘trocar’ de orientação sexual ao longo da vida – os que se sentem genuinamente atraídos tanto por homens quanto por mulheres (ainda que em gradações diferentes) são bissexuais.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008, p. 110-111.)

15 “Como se sabe, a sociedade contemporânea ainda tem muitas reservas com relação a homossexuais. Em decorrência da ignorância e de seus preconceitos sobre o tema, acaba dispensando um tratamento muitas vezes discriminatório com relação a homossexuais – seja por meio de agressões físicas, verbais ou até mesmo pela proibição da manifestação homoafetiva em determinados locais, quando manifestações heteroafetivas idênticas são permitidas. Faz isso por considerar a homoafetividade uma conduta “imoral”, que seria passível de reprovação. Ora, se a sexualidade da pessoa dependesse da “opção” dela, qual pessoa escolheria de livre e espontânea vontade ser de uma forma que sofre o repúdio social? Qual pessoa não optaria em mudar para a orientação sexual que não é objeto de preconceitos? Entenda-se bem o que se está dizendo: não se trata de considerar esta ou aquela orientação sexual como “certa”, “natural”, e assim por diante. Trata-se apenas de afirmar que as pessoas optariam por viver da forma mais fácil, sem a dificuldade “extra” do preconceito social. Afinal, aqueles que amam pessoas do mesmo sexo têm, além das mesmas dificuldades cotidianas daquelas que direcionam seu amor a pessoas de sexo diverso, a dificuldade oriunda da discriminação homofóbica, do desprezo social.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**, cit., p. 111)

16 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, cit., p. 43-44.

liberdade humana,¹⁷ de construção da identidade, da personalidade do indivíduo e, enquanto tal, recôndito do mais íntimo da pessoa e merecedor da plena proteção jurídica.

A prática¹⁸ da homoafetividade sempre esteve prevista na história da humanidade pelo fato de ser natural o desejo sexual e o carinho por pessoas do mesmo sexo. Foi apenas a Modernidade que classificou pessoas de acordo com preferências sexuais, uma vez que na Antiguidade Clássica os intercursos entre pessoas do mesmo sexo eram, segundo certos padrões culturais, vistos como parte do comportamento social, normalmente em complemento a comportamentos que hoje chamamos de heterossexuais. Foi o Cristianismo quem primeiro tachou tais intercursos como “pecado”, para depois a Modernidade cartesiana (e homogeneizadora) reclassificar como “desvio” e “doença”. Apesar de muitos avanços, mesmo hoje, no entanto, em vários lugares a homossexualidade (ou a bissexualidade) é apenas tolerada e não completamente aceita¹⁹.

Infelizmente, os efeitos jurídicos das relações homoafetivas no Brasil ainda são poucos, pois há projetos de lei apresentados no Congresso Nacional que sequer foram votados²⁰ e o que se tem conseguido até hoje, no nível federal, são decisões judiciais e atos administrativos. Contudo, a omissão legislativa não pode servir de obstáculo à outorga de direitos e deveres nas relações homoafetivas.

Ora, admitir que LGBTs não possam celebrar o casamento civil, adotar crianças, fazer doação de sangue por sua mera orientação sexual e identidade de gênero pressupõe, implicitamente, que são pessoas indignas de gozar dos mesmos direitos, embora

17 Sendo a liberdade um fenômeno relacional (é-se livre sempre em relação a outro – assim como se é igual sempre em relação a outro) e valor fundante do regime democrático, ela se reflete, no que tange à questão ora sob análise, sob dois aspectos: a) “imunidade” – espelha a faceta jurídica, sendo entendida a liberdade como liberdade fundamental e/ou civil, daí se estabelecer no artigo inaugural da Declaração Universal dos Direitos Humanos que os *seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*; b) “autonomia” – consubstancia a nuance normativo-moral, podendo ser conceituada como a “[...] faculdade de cada um ser suficientemente capaz de conduzir sua vida e fazer suas escolhas” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*, In: Roger Raupp Rios (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46-47).

18 “Não há ‘sugestionamento’ na orientação sexual – o sugestionamento é inócuo, pois não tem nenhuma influência na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica socialmente em termos de sua sexualidade (no apresentar-se como homo, hétero ou bissexual, não no ser homo, hétero ou bissexual).” (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**, cit., p. 111.)

19 “Se em um extremo estão os países muçumanos e islâmicos, radicalmente conservadores, no outro estão a Holanda, os países nórdicos e mais recentemente a Argentina (restrita a Buenos Aires), como os mais liberais. Entre os conservadores e os liberais está o Brasil, um país com postura intermediária com tendências liberais pelas concessões feitas aos homossexuais.” (AMARAL, 2003, p. 17).

20 O PLC 122/2006 ainda não votado pelo Congresso Nacional prevê que serão punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos. O Projeto de Lei de n. 6.655 B de 21 de fevereiro de 2006 prevê a alteração no art. 58 da lei de registros públicos possibilitando a substituição do prenome das pessoas transexuais. Há 14 anos, foi proposto um projeto de lei de união civil entre pessoas do mesmo sexo (PL 1.151/95), mas, por pressão das bancadas religiosas, o projeto nunca chegou a ser votado e, atualmente, está defasado. Em março de 2009, foi apresentado outro projeto de Lei (PL 4.914/2009) que propõe que as mesmas garantias da união estável entre homem e mulher sejam válidas para casais formados por pessoas do mesmo sexo. O projeto que está sendo analisado pelo Comissão de Seguridade Social e Família facilitaria bastante a vida dos casais homoafetivos, principalmente no que se refere à adoção de crianças e adolescentes. Apesar de avançado, o projeto não prevê a conversão da união estável em casamento, o que elimina, por exemplo, o direito dos homossexuais casados de usar o sobrenome de seus companheiros.

lhes seja exigido cumprir os mesmos deveres que qualquer outro cidadão,²¹ e, pior, se institucionaliza a perversa ideia de que o Estado pode normatizar não só o modo de ser, o sentir, enfim, definir o modelo de *vida boa* de cada gay, lésbica, bissexual ou pessoa trans. Em outros termos, concretiza a *biopolítica*, designada por Foucault como o fenômeno que “[...] *faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana*”²², exercendo o Estado e a sociedade controle sobre a sexualidade.

Essa postura do Estado consubstancia o que Hart²³ chamou de *populismo moral*: a concepção de que a maioria tem o direito de determinar a todos como devem viver. É, dentre todos os tipos de tirania, das mais cruéis, pois representa verdadeira dominação biopolítica do poder sobre o corpo, ou, para usar de outros termos, a colonização do *ser* do indivíduo pelo Estado.

Assim, tal ideia nega a essência mesma do Estado Democrático de Direito: “A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de ser de um estado de direito constitucional.”²⁴ Segundo Gustavo Zagrebelsky:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.²⁵ (grifou-se).

Em sociedades plurais como as nossas não há mais consenso sobre questões de moralidade e “vida boa”. Assim, a democracia, para ser legítima, deve estar em uma relação de tensão com o constitucionalismo, de tal sorte que as decisões do Estado não se configurem uma “ditadura da maioria”. Constitucionalismo e Democracia estão em

21 É dizer, viola-se a cláusula da “equal protection under the law”, da forma como trabalhado por Dworkin: a *equal protection clause* é elemento essencial em um regime constitucional, pois se refere ao direito fundamental que todo cidadão de uma comunidade de princípios tem de igual tratamento (a igualdade de oportunidades representada pelo direito de voto, por exemplo), bem como o direito de ser tratado como igual (igual consideração e igual cuidado); o conteúdo dessa cláusula não está pré-dado, sendo resignificado de tempos em tempos para ser novamente preenchido. Cf. DWORKIN, Ronald. Controvérsia constitucional. *Revista Sub Judice*, n. 12, p. 27-31, jan./jun. 1998; e: DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. *Revista Novos estudos Cebrap*, n. 77, 2007, p. 233-240.

22 FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 134; o mesmo autor ainda afirma: “O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder.” (id., op. cit., p. 134).

23 HART, H. L. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. de Gerson P. dos Santos. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987, pág. 95.

24 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 63.

25 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, p. 13.

uma relação de tensão, de forma que nenhum dos elementos pode se sobrepor ao outro. No que tange às decisões do legislativo, regidas justamente pelo princípio majoritário, as minorias devem ter oportunidades reais de, uma vez vencidas num pleito, se reagruparem politicamente e rerepresentarem a questão no futuro e, em qualquer hipótese, devem poder levar ao Judiciário violações à Constituição decorrentes de decisões majoritárias violadoras dos Direitos Fundamentais fundadas no art. 60, §4º.

La regla de la mayoría conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración (...) mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión.²⁶

No longo prazo, a necessidade da decisão não elimina (mas, em vez disso, prespõe) que a minoria “tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada”.²⁷ No curto prazo, no entanto, essa minoria desfavorecida poderá se valer da instância judicial contramajoritária para assegurar seu direito de igualdade.

A partir disso podemos retornar a discussão sobre a **homofobia**.²⁸ Esta consiste na:

[...] hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles e àquelas de quem se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas.²⁹

Nessa perspectiva, ainda, o Parlamento Europeu, que, por meio da Resolução sobre a homofobia na Europa (2006)³⁰, estabeleceu:

26 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 247.

27 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez, cit.*, p. 248. Ver também: Cf. HÄBERLE, Peter. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodigo Haidar. *Consultor Jurídico*, 29.05.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 30.03.2015.

28 Em geral, adota-se como termo geral a expressão “homofobia” para designar a atitude de hostilidade contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTs), mas também se pode falar em homofobias específicas e suas problemáticas peculiares: em *gayfobia* (homofobia contra gays); *lesbofobia* (homofobia contra lésbicas); *bifobia* (homofobia contra bissexuais); e, por fim, *transfobia* (homofobia contra pessoas trans).

29 BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001, p. 36, tradução nossa.

30 Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0018&format=XML&language=PT>>. Frise-se que o item 1 é expresso a respeito de punição no Direito Penal: “Insta a Comissão a considerar a aplicação de *sanções penais* em caso de violação das directivas baseadas no artigo 13º do Tratado” – este é o “Tratado de Amsterdam”(grifou-se) (disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Tratado de Nice, 2000) é claro ao tratar do tema: “Artigo 21º 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou *orientação sexual*” (grifou-se). Proibindo tal discriminação nas relações de trabalho, está o documento da União Europeia que institui “Diretrizes Orientadoras Sobre o Tratamento Igualitário no Trabalho” (disponível em: <<http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/2000-78-EC-es.pdf>>).

- A. (...) a homofobia pode ser definida como um receio irracional e uma aversão relativamente à homossexualidade e as pessoas do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) baseada em preconceitos análogos ao racismo, à xenofobia, ao antissemitismo (sic), ao sexismo, etc.,
- B. (...) a homofobia se manifesta nos domínios público e privado através de diferentes formas como, por exemplo, discursos de ódio e incitamento à discriminação, ridicularização, violência verbal, psicológica e física, perseguições e assassinios, discriminação em violação do princípio da igualdade e restrições injustificadas e não razoáveis de direitos, invocando, frequentemente, razões de ordem pública, de liberdade religiosa e de direito à objecção de consciência,

A omissão legislativa em prever a punibilidade à homofobia configura, na verdade, uma ação de exclusão de possibilidade de reconhecimento de direitos e de efeitos jurídicos de tais relações, configurando uma situação de “**proteção deficiente**”, uma vez que os casos de violência são rotineiros e os mecanismos atuais do direito positivo são incapazes não só de contê-los, mas de punir os seus agentes.³¹

Apesar da urgência quanto ao tema – há que se recordar, de antemão, que, “apenas no Brasil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual” (RIOS, 2001, p.279,280) –, (...) no nível federal interno, pouco ou quase nada de concreto tem sido feito, o que contrasta com ações do Brasil como entidade de Direito Público Externo, em Documentos Internacionais de que o país é signatário, algumas delas inclusive propostas por ele. De outro lado, os Municípios (e, também, os Estados) vêm mostrando ações mais diretas.³²

O site <http://homofobiamata.wordpress.com/> traz farto registro de casos, com fotos que podem chocar os menos afetos a questões criminais. Dentre tantos e tão chocantes casos, destacam-se alguns casos de extrema relevância ocorridos no Brasil.

Em 2000, na cidade de São Paulo, dezoito jovens da gangue Carecas do ABC espancaram o adestrador de cães Édson Neris,³³ ocasionando óbito deste por hemorragia interna e fraturas múltiplas.

Em Cassilândia (MS), uma adolescente de 16 anos foi enterrada de cabeça para baixo pela família da namorada.³⁴

Na cidade de São Gonçalo (RJ), em 2010, o adolescente Alexandre Thomé Ivo Rajão³⁵, de apenas 14 anos de idade, foi torturado por cerca de três horas e assassinado por asfixia por uma gangue neonazista.

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

32 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, p. 90.

33 **Meio minuto para morrer**, Revista Veja, 16/02/2000, disponível em: <http://veja.abril.com.br/160200/p_112.html>.

34 **GO: Menina lésbica de 16 anos é morta por família da namorada**, Revista Lado A, 06 abr. 2011. Disponível em: <<http://revistaladoa.com.br/2011/04/noticias/go-menina-lesbica-16-anos-morta-por-familia-namorada>>.

35 **A cada 33 horas um homossexual é assassinado no país**, Portal EBC, 28/11/2012, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/11/a-cada-33-horas-um-homossexual-e-assassinado-no-pais>>.

Em 20 de fevereiro de 2015 um pai espancou até a morte o próprio filho de apenas 08 anos por medo de que ele virasse gay; o pai surrava a criança repetidas vezes para “ensiná-lo a andar como homem” e, na delegacia, afirmou: “Enquanto batia, mais irritava o fato de ele não chorar, o que fazia o depoente crer que a lição que aplicava não estava sendo suficiente e que, por isso, batia mais e mais”.³⁶

Em outro caso semelhante, um pai espancou o filho gay de 16 anos e, mesmo após este ter sido levado para a casa da avó para evitar novas agressões, o pai foi até o local, jogou novamente o filho no chão e começou a agredi-lo com socos e pontapés: “Bateu a cabeça do menino no chão e dizia que estava ‘endemoniado’ e que iria tirar o capeta dele na unha”, contou a mãe à polícia; o adolescente levado ao hospital pelo próprio pai, no caminho, ameaçou matar o filho caso não deixasse de ser homossexual e, segundo testemunhas, o pecuarista amarrou uma corda na perna do garoto e ameaçou jogá-lo para fora do carro e arrastá-lo na rua.³⁷

É de se ressaltar, ainda, que a Organização dos Estados Americanos (OEA), em comunicado, condenou o Brasil em duas oportunidades: a primeira pelo assassinato do adolescente gay Lucas Ribeiro Pimentel, vítima de roubo, foi espancado, empalado e teve os olhos perfurados³⁸; a segunda foi assassinato brutal de duas mulheres trans, sendo que uma delas foi queimada e a outra apunhalada.³⁹ Ainda no âmbito da OEA vale destacar que o Brasil atualmente está respondendo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão/incapacidade de processar corretamente a violência sofrida por André Baliera.⁴⁰

Muitos desses crimes são perpetrados por quadrilhas especializadas em cometer delitos homofóbicos e transfóbicos,⁴¹ gangues neonazistas, como ocorreu em fevereiro

36 **PaibateemfilhoatéamortezonaosteodoRio**, R7, 20/02/2014, 06/08/2013, disponível em: <<http://videos.r7.com/pai-bate-em-filho-ate-a-morte-na-zona-oeste-do-rio/idmedia/5306010e0cf276ddaad8b199.html>>; **Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça**, O Globo, 05/03/2014, disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-11785342>>.

37 **Pai espanca filho por ser homossexual**, Pragmatismo político, disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/pai-espanca-filho-por-ser-homossexual.html>>.

38 **A CIDH condena assassinato de adolescente gay no Brasil**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <<http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>>.

39 **CIDH condena assassinatos de mulheres trans no Brasil**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2012/113.asp>>.

40 JUSTIFICANDO. **Advogado ingressa na Comissão Interamericana contra Estado Brasileiro por não reprimir homofobia**. *Portal Justificando*, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/advogado-ingressa-com-denuncia-na-cidh-contra-estado-brasileiro-por-nao-reprimir-homofobia/>>.

41 Em dezembro de 2012, policiais prenderam um suspeito de integrar uma quadrilha que atacava homossexuais: “O grupo usava um site de bate-papo para marcar encontros com as vítimas, que depois eram roubadas. A principal área de atuação era a zona oeste e o subúrbio da capital fluminense. De acordo com o delegado da 32ª DP, Antônio Ricardo, a quadrilha atacou, no mínimo, duas pessoas. ‘Acreditamos que esse número seja maior, mas como a maioria das vítimas é homossexual, muitos têm vergonha de procurar a polícia para registrar queixa’, explicou o delegado.” **(RJ: suspeito de integrar quadrilha que atacava homossexuais é preso**, Terra, disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/rj-suspeito-de-integrar-quadrilha-que-atacava-homossexuais-e-preso,765ca97036cdb310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>).

de 2014 no centro de São Paulo⁴², onde há conhecidos redutos LGBT: um grupo de *skatistas* espancou com chutes, socos e golpes de *skate* o auxiliar administrativo Bruno Borges de Oliveira, que veio a óbito em decorrência das agressões; segundo investigação da Polícia Civil, eles “escolhiam as vítimas por serem gays. Fazia parte do ritual de humilhação subtrair os bens das vítimas”⁴³. A propósito, emblemática a declaração de um membro da gangue neonazista Carecas do ABC, em entrevista ao programa Conexão Repórter, do SBT, veiculado em 13/04/2011: “*O cara é uma criatura do inferno, é uma criatura do demônio. Essa raça é uma raça do demônio. Deus criou o homem e a mulher e não o homossexual*” (aos 7’34” da parte I).⁴⁴ Segundo entendimento do estudioso Gregory Herek:

Informações sobre vitimização de homossexuais no mais das vezes foram obtidas a partir de amostras e pesquisas realizadas pela própria comunidade gay e lésbica. Como a documentação sobre violência anti-gay não tem sido prioridade para a justiça criminal ou para os estudiosos, os próprios ativistas homossexuais consideraram necessário realizar suas próprias investigações. A qualidade metodológica e a amostra utilizadas e alguns desses levantamentos às vezes deixa a desejar. A falta de recurso também prejudica tais iniciativas. Apesar de tais problemas, os resultados destes *surveys* permitem reconstruir um quadro coerente e dramático dos crimes homofóbicos: um ponto a mais para os pesquisadores que realizaram esses trabalhos.⁴⁵

Em 2012, pela primeira vez, o Poder público apresentou um relatório sobre homofobia, com dados referentes a 2011⁴⁶: foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais 278 foram homicídios, merecendo destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBTs é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%.

Em 2013⁴⁷, com os dados referentes ao ano de 2012, a violência homofóbica cresceu 166% em relação a 2011, tendo sido registradas 9.982 violações relacionadas

42 “Autoridades reconhecem o acréscimo nos ataques à população homossexual e dizem que grande concentração de estabelecimentos LGBT na região colocam gays no alvo dos grupos extremistas” (**Aumento de crimes de homofobia no centro de SP preocupa comunidade gay**, iGay, 26/01/2014, disponível em: <<http://igay.ig.com.br/2014-01-24/aumento-de-crimes-de-homofobia-no-centro-de-sp-preocupa-comunidade-gay.html>>). Veja-se, ainda, estudo realizado pelo Centro de Combate à Homofobia que comprova essa vulnerabilidade acentuada: **Ataques homofóbicos em SP se concentram no centro, diz estudo**, Folha de São Paulo, 19/02/2011, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/02/878162-ataques-homofobicos-em-sp-se-concentram-no-centro-diz-estudo.shtml>>.

43 **Skatistas são suspeitos de matar gay em São Paulo**, Folha de São Paulo, 03/02/2014, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1406627-skatistas-sao-suspeitos-de-matar-gay-em-sao-paulo.shtml>>.

44 Disponível em: parte I - <<http://www.youtube.com/watch?v=pPgWZh48SVk>>; parte II - <<http://www.youtube.com/watch?v=ZLKyYt-1r7A>>.

45 **Hate crimes**. Confronting violence against lesbians and gay men, 1992.

46 **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011**. Brasília, 2012, disponível em: <<http://www.sedh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>.

47 **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012**. Brasília, 2013, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>.

à população LGBT, das quais 310 foram homicídios; no tocante às vítimas, a grande maioria ainda é do sexo masculino (71%), gay (60,44%) e com idade entre 15 e 29 anos (61,33%) e, com relação aos autores das agressões, a maioria é conhecida da vítima (51%), sendo que 38% das violações ocorrem na casa da vítima e 30% nas ruas.

Nesse sentido, os dados estatísticos e a ocorrência de crimes graves à população LGBT comprovam que o direito à não discriminação contra a população LBGT e a criminalização severa de atos violentos é um direito fundamental de extrema urgência a ser tutelado pelo poder público, mediante ações afirmativas de reconhecimento de direitos, como a aprovação de um Projeto de Lei de teor similar ao PLC. 122/2006 pelo Congresso Nacional e o julgamento da ADinO de n. 26 e do Mandado de Injunção de n. 4733.

3. O PROJETO DE LEI N. 122/2006, A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE N. 26: A INÉRCIA LEGISLATIVA E JURISDICIONAL EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Primeiramente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Roger Raupp Rios,⁴⁸ “o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito [...] independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica.”

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe importantes modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal que antes era chamada de “Crimes contra os Costumes”, que agora passou a ser “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A sexualidade humana não pode ser reduzida a parâmetros, pois é um bem jurídico importante, mas, sobretudo, é atributo do ser humano, irredutível, indominável irreprimível, indeterminável, a não ser pela própria liberdade individual e por isso, cabe ao direito assegurar a toda pessoa o direito de expressar livremente a sua sexualidade, qualquer que seja sua orientação sexual. Para isso deve impedir que a sexualidade seja exercida sob ação de qualquer espécie de violência, moral ou física.

Com a reforma do Código Penal trazidas pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, eliminou-se qualquer tutela penal específica à mulher no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. Ademais a Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, apelidada de Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

48 RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 282.

O projeto foi elaborado por um grupo interministerial a partir de um anteprojeto de organizações não-governamentais baseado no caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia vítima de violência doméstica ocasionada pelo seu marido; contudo a ação penal contra ele estava sem solução final há anos, até que o Brasil foi denunciado e condenado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) a dar finalizar o processo e, ademais, aprovar uma lei de proteção da mulher contra a violência doméstica (caso nº 12.051/OEA). O governo federal o enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004, dando origem à Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Com isso, o Estado criou mecanismos de coibir a violência doméstica contra a mulher no âmbito das relações domésticas, dando amparo legal protetivo à figura feminina.

No dia 20 de julho de 2010 foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial⁴⁹ que estimula e cria ações afirmativas, políticas públicas em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça ou cor, de maneira a dar-lhes igualdade de oportunidades, sendo, portanto, um grande avanço. Isso para não se lembrar que, desde 1989, está regulamentada a disposição constitucional que considera crime o racismo (lei 7716/89) – lei esta que não restringe o racismo a questões de raça, cor e etnia, mas o expande para procedência nacional e mesmo religião.

Entretanto, apesar de tantos avanços legais em proteção à discriminação e qualquer tipo de violência à mulher, à origem étnica, à raça e à cor, incluindo inclusive a reforma do Código Penal, há ainda um déficit de representação política e de proteção legal aos milhares de cidadãos homoafetivos (LGBT) brasileiros.

Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso legalizou “ser” homossexual. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as consequências práticas da vivência plena da homossexualidade. Ser hétero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado. Mas, na prática, acarreta.⁵⁰

O Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006 oriundo da e Deputada Iara Bernardes (PT-SP), cuja relatora é a senadora Fátima Cleide (PT-RO), foi arquivado em janeiro de 2015 por não ter tido movimentação, como dissemos acima. Ele previa que seriam punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos.

Esse projeto equiparava a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero à discriminação de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, sendo que os autores de tais crimes podem ser punidos com pena de reclusão e multa. Para cada modo de discriminação há uma pena específica.

49 No Estatuto de Igualdade Racial não há previsão de cotas para negros em universidades, empresas e até mesmo nas candidaturas políticas, porém cria a Unilab, ou seja, a Universidade Federal de Integração Luso Afro-Brasileira, que será situada no Ceará na qual proporcionará a integração dos brasileiros com os africanos.

50 PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. *O Globo*, Opinião, 21/09/2007, p. 7.

Devido à inércia legislativa e diante da ausência de debate público sobre essa questão o Partido Popular Socialista (PPS) e a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais ambas ajuizaram, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão de n. 26 e o Mandado de Injunção de n. 4733 perante o Supremo Tribunal Federal, visando reconhecer a omissão inconstitucional do próprio Poder Público em executar ações afirmativas voltadas ao reconhecimento de minorias de orientação sexual e de gênero distintas da maioria.

Tais ações constitucionais visam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

No que tange à ADInO. n. 26, o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS) que a ajuizou pede que o Supremo Tribunal Federal declare a omissão do Congresso Nacional em não legislar a respeito da criminalização da homofobia – ou, mais especificamente, de não aprovar projeto de lei que busca equiparar a homofobia àqueles crimes já previstos na lei 7716/89.

Segundo o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS), a “lei de racismo” (lei 7716/89) constitui uma lei geral contra todas as formas de discriminação – tanto é assim que não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, se sustenta a **tese** de que, seguindo-se a *ratio decidendi* fixada no paradigmático HC. 82424, **“Racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)”**.

Ainda, que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação (**art. 3º, IV**), incluídas aí as de conteúdo racista (**art. 5º, XLII**) e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (**art. 5º, XLI**), da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de “**proteção deficiente**”, pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores, que são as minorias sexuais, visto que **o Congresso Nacional se recusou a votar o PLC122/06 (e outros a ele anexados), deixando-o de tal forma que ele será agora arquivado em definitivo.**

É dizer, os partidos políticos no Brasil não tomam partido! O Congresso Nacional não teve a coragem nem de aprovar e nem de rejeitar o PLC122/06, relegando para “nunca” um posicionamento sobre o tema, ou melhor, “decidindo não decidir”. Ao não decidir o Congresso Nacional já mostra o seu posicionamento a respeito: a exclusão e o não reconhecimento das minorias LGBT.

Segundo Álvaro da Silva,⁵¹ “é arbitrário excluir determinadas pessoas, em razão da concepção que tenham de seu próprio bem, de quaisquer direitos distribuídos pela estrutura básica da sociedade.”

Ao contrário do que ocorre na esfera municipal⁵² e estadual,⁵³ em nível federal o Legislativo federal vem demonstrando completo desprezo⁵⁴ no reconhecimento dos direitos das minorias sexuais.⁵⁵

Um exemplo da atuação protetiva às minorias sexuais no âmbito dos Estados é o estado da Paraíba, cujo governo do estado inaugurou, no dia 05 de agosto de 2010, o novo prédio da Delegacia de Crimes Homofóbicos, no centro da cidade de João Pessoa. Esta Delegacia bem como o cargo de delegado especializado foram criados pela Medida Provisória 129 de julho de 2009.

51 VITA, Álvaro de. *Justiça e diferença: a tolerância liberal*. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 439.

52 “Ao contrário da ‘dificuldade’ na aprovação de leis federais em favor dos homossexuais, constatamos que, no nível local, os momentos organizados veem conseguindo a aprovação de um número significativo de leis, além da constituição de fóruns institucionais de discussão e promoção dos direitos dessa minoria. Em um rápido apanhado, destacamos: - *Leis Orgânicas Municipais*: Aracaju (art. 2º); Campinas (art. 5º, XVIII); Florianópolis (art. 5º, IV); Fortaleza (art. 7º, XXI); Goiânia (art. 1º); Macapá (art. 7º); Paracatu (art. 7º, VIII); Porto Alegre (art. 150); São Bernardo do Campo (art. 10); São Paula (art. 2º, VIII); Teresina (art. 9º); - *Legislação Municipal*: Belo Horizonte (leis 8.176/01 – regulamentada pelo Dec. 10.681/01 – e 8.719/03); Campinas (lei 9.809/98 – regulamentada pelo Dec. 13.192/99 – e lei 10.582/00); Campo Grande (lei 3.582/98); Goiânia (Res.06/05); Fortaleza (lei 8.211/98); Foz do Iguaçu (lei 2.718/02); Guarulhos (lei 5.860/02); Juiz de Fora (leis 9.789/00 e 10.000/01 e Res. 13/06); Londrina (lei 8.812/02); Maceió (leis 4.667/97 e 4.898/99); Natal (lei 152/97); Porto Alegre (Lei Complementar 350/95); Recife (leis 16.730/2001 e 16.780/02 – regulamentada pelo Dec. 20.558/04 – e lei 17.025/04); Rio de Janeiro (leis 2.475/96 e 3.786/02); Salvador (lei 5.275/97); São José do Rio Preto (lei 8.642/02); São Paulo (lei 10.948/01, Dec. 45.712/05, Dec. 46.037/05, Dec. 50.594/06, Orientação Normativa 06/02, Res. SSP 42/00 e 285/00, Port. 08/05; Teresina (lei 3.274/04).” (BAHIA, Alexandre Melo Franco. *A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT*, cit. p. 101.)

53 “Na pista de dança de uma boate, nove casais homossexuais trocaram alianças e celebraram na noite do dia 28/06/10 um casamento gay coletivo em Belém (PA). Organizada por grupos de apoio à causa LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), a festa foi comandada por uma Defensora Pública do Estado. Além disso, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul baixou um provimento que traz regras para a oficialização nos cartórios de uniões entre homossexuais”. *Direito Homoafetivo* [s/d]. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=86>>.

54 “A omissão do Congresso denota resquícios de uma mentalidade arcaica, descolada da realidade social do país e que não encontra eco na Justiça ou no compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem. Ao eximir-se da responsabilidade de legislar para os homossexuais, o Legislativo nega direitos a uma parcela importante da população brasileira, que o elegeu. Haverá explicações para essa inação, mas nenhuma delas faz sentido político. A proteção legal das minorias promove e preserva a diversidade e a riqueza social do Brasil. A contribuição dos homossexuais para a construção da nação brasileira é importante e não pode ser ignorada pelo Congresso. Nada, além de preconceito puro e simples e de falta de compromisso com a cidadania do eleitorado, justifica a omissão do Legislativo brasileiro em relação aos direitos dos homossexuais.” (PORTO, Alexandre Vidal. *O Congresso e os homossexuais*, cit., p. 7)

55 “É possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível, na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.” (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 156.)

Alguns estados brasileiros já possuem essa comissão de combate à homofobia: Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro,⁵⁶ Espírito Santo, Pará, Goiás, Minas Gerais, além da cidade paulista de Guarulhos, Maceió, Belo Horizonte, Salvador, Brasília e São Paulo.

Contudo, na esfera federal o Congresso Nacional não se posiciona na defesa dos direitos humanos dos homoafetivos, simplesmente não decidindo, pois, como se sabe, há uma forte oposição a projetos que tratem de promoção de direitos das minorias que tenham orientação sexual e de gênero distinta da maioria em função dos membros da bancada evangélica. Sendo assim, questões envolvendo as minorias sexuais sequer são discutidas, rompendo com aquilo que se espera de um regime democrático constitucional, ou seja, a discussão de temas polêmicos e fraturantes da nossa sociedade.

Segundo Relatório da ILGA, em 2008 oitenta e seis países, membros das Nações Unidas, “ainda criminalizavam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (...). Entre eles, 7 apresentam dispositivos legais com penalidade de morte como forma de punição” (OTTOSSON, 2008, p.4). A despeito dos méritos da Resolução e da urgência na aprovação de atos internacionais vinculantes, é importante anotar que ainda não existe nenhuma Convenção Internacional sobre o tema.⁵⁷

É necessário, portanto, derrubar o preconceito e reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como família⁵⁸ e criminalizar práticas discriminatórias, de maneira a proporcionar o reconhecimento de direitos e de respeitar cada indivíduo em particular, independentemente da orientação sexual que ele possua.

As minorias sexuais são vítimas da intolerância constante. A situação se agrava quanto maior a rede de proteção estatal, por exemplo, LGBT que moram nas favelas cariocas são alvos do preconceito e da violência de milicianos e traficantes e muitos acabam sendo assassinados por causa de sua orientação sexual. Tal situação de violência é igualmente refletida nas escolas: certos grupos, como travestis e transexuais têm um percentual de evasão escolar muito maior do que a maioria.⁵⁹

56 O Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, o Secretário de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos Ricardo Henriques e o Superintendente de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos Cláudio Nascimento, inaugurarão na Central do Brasil, os serviços de apoio às populações LGBT, religiosos e pessoas vivendo com HIV-Aids. Os seguintes serviços serão abrigados: (1) Centro de Referência e Promoção da Cidadania LGBT da Capital, (2) Disque Estadual de Cidadania LGBT, (3) Núcleo de Monitoramento de Crimes Contra LGBT, (4) Comissão Processante para o Cumpra-se da Lei 3406/00, que pune a homofobia, (5) Conselho Estadual dos Direitos da População LGBT/RJ, (6) Centro de Referência e Promoção da Liberdade Religiosa e Contra a Intolerância, (7) Centro de Referência e Promoção dos Direitos das Pessoas Vivendo com HIV/AIDS e Pessoas Discriminadas Por Outras Doenças, (8) Centro de Formação de Cidadania e Diversidades, (9) Centro de Documentação e Informação LGBT, (10) Gestão Institucional da Superintendência de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos da SEASDH e (11) Núcleo do Programa Rio Sem Homofobia.

57 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT, *cit.* p. 90.

58 “Em segundo lugar, manter os homossexuais excluídos de direitos que são garantidos aos cônjuges em casamentos heterossexuais implica impor um ônus pessoal aos primeiros que a alternativa contrária – a legalização da união civil entre homossexuais – não impõe aos partidários dos valores familiares dominantes.” (VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal, *cit.*, p. 435.)

59 PEREIRA, Graziela Raupp ; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco . Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista**, v. 39, pp. 51-71, 2011.

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

O DIA: O que falta para a aprovação do projeto de lei que criminaliza a homofobia no Brasil?

Fátima: Relatei o projeto de lei em março de 2008. Mas até agora ele não pôde ser votado sequer na Comissão de Assuntos Sociais por causa de pedidos de vista e votos em separado feitos por alguns senadores. A verdade é que esta proposta tem enfrentado grande rejeição por parte de parlamentares que compõem a Frente Evangélica no Congresso, que são contra sua aprovação.

E o que esses políticos dizem sobre a violência gerada pela homofobia? O Congresso Nacional é reflexo da sociedade. Como boa parte dos brasileiros tem preconceito, muitos têm receio político de se posicionar na defesa dos direitos humanos, sobretudo de homossexuais. O Congresso é muito homofóbico.⁶⁰

Consoante Roger Raupp Rios⁶¹ “o Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual [...] de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora”. Em sentido similar:

Mas a homofobia no Brasil também mata: um homossexual a cada três dias é morto de forma violenta em razão de sua sexualidade. Isso coloca o Brasil no topo dos mais homofóbicos do mundo. Dia 01/07 completa uma semana do assassinato bárbaro de Alexandre Ivo, um adolescente de 14 anos morto com pauladas e enforcamento em São Gonçalo – RJ por skinheads – grupo que prega a “fobia” contra gays, negros, nordestinos, etc. O jovem voltava para casa. Enquanto isso o Congresso brasileiro tem em mãos desde 2006 um Projeto de Lei que inclui os homossexuais entre os protegidos contra o crime de racismo e discriminação, impondo penas mais severas que as hoje existentes, mas, mais do que isso, reconhecendo ser este um problema, uma questão que deve merecer tratamento específico por parte do Estado. Ao que tudo indica, entretanto, nossos parlamentares não estão muito interessados em aprovar o PL este ano – ou, quiçá, em qualquer época, inclusive porque setores religiosos são contra o projeto, argumentando que a liberdade religiosa seria limitada, o que não nos parece fazer sentido, pois, um discurso que seja estritamente religioso pode/deve ser protegido pela Constituição; entretanto, se alguém em nome de Deus (?) promove *bullying*, discurso de ódio, tais atitudes/manifestações sempre foram ilícitas.⁶²

Nesse sentido reconhecer a homofobia como um problema e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual é uma via extremamente fecunda para o funcionamento da própria democracia que deve ser constituída pela adesão dos princípios da liberdade e da igualdade, sendo base para uma cidadania democrática⁶³.

60 CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.

61 RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, op. cit. p. 155.

62 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil. *A Tribuna Pousoalegrense*, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03 jul. 2010.

63 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 1, n. 2, p. 87-107, jul./dez. 1994.

A ausência de proteção legal às minorias sexuais traz o seguinte questionamento: qual o grau de exclusão social que um sistema considerado democrático, como o brasileiro, pode aceitar? A exclusão social⁶⁴ acarreta a degradação do ser humano em suas manifestações e o afastamento das minorias da discussão política e do amparo aos seus direitos.

Ora, nada é mais certo do que o fato de suprimir virtualmente a minoria não ser uma consequência nem necessária e nem natural da liberdade; que, longe de ter qualquer ligação com a democracia, tal fato opõe-se diametralmente ao primeiro princípio desta, ou seja, representação proporcional em números. É uma parte essencial da democracia que as minorias devam ser adequadamente representadas. Nenhuma democracia verdadeira será possível exceto uma falsa demonstração dela sem essas minorias.⁶⁵

O Brasil, por sua vez, a despeito de possuir a segunda maior rede de ONGs⁶⁶ LGBT do mundo – a maior rede de militância deste segmento na América Latina (a ABGLT) – e a maior quantidade – tanto em números quanto em eventos – de marchas LGBT, apresenta o **desconcertante dado de não possuir nenhuma lei federal que contemple de forma geral e direta quaisquer das históricas reivindicações deste grupo vulnerável**, entre elas a regulamentação do casamento homoafetivo, a criação de políticas educacionais anti-homofobia e a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Assim, o Estado Brasileiro tem o dever de zelar pela defesa e proteção das minorias que sofrem preconceito em decorrência de sua orientação sexual de maneira a efetivar o caráter garantidor e protetivo previsto no art. 5, §§2º e 3º da Constituição Federal.

Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. Polêmico é definir se a exigência 2 resulta da exigência 1 – ou seja, se ela resulta do princípio de que deve haver igual respeito por cada indivíduo em particular – ou se essas duas exigências têm mesmo de colidir, ao menos em alguns casos.⁶⁷

A Fundação Perseu Abramo, junto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, realizou uma pesquisa sobre os graus de intolerância – ou respeito – a comportamentos

64 “O resultado é a violência nas cidades (meninos de rua, favelados e outros), no campo (posseiros, sem-terra, índios, padres e outros) e contra grupos e minorias (crianças, adolescentes, mulheres, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos), como diagnóstico característico dos conflitos em torno dos direitos humanos no Brasil. Esse horror é efetivamente institucionalizado no direito penal pela impunidade sistemática dos agentes estatais e empresariais; e na política e burocracia, pela corrupção. As vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar Social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central ‘igualdade perante a lei.’” (MILL Stuart. **O Governo Representativo**. São Paulo: Escala, 2006.p. 28.)

65 MILL Stuart. **O Governo Representativo**. São Paulo: Escala, 2006, p. 116.

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

67 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 240.

sexuais LGBT.⁶⁸ Gustavo Venturini, comentando sobre a pesquisa mostra que, quando perguntados sobre se existe preconceito contra LGBT no Brasil, mais de 90% dos entrevistados responderam afirmativamente. Curiosamente, no entanto, quando perguntados se eles possuíam este preconceito, menos de 30% o admitiram. Ao se aprofundar no grau de preconceito dos entrevistados, a pesquisa revelou que:

6% dos entrevistados (...) foram classificados como tendo forte preconceito contra LGBTs; 39% como portadores de um preconceito mediano (...) e 54% manifestaram um grau de preconceito que foi classificado como leve (...). A leitura negativa é que apenas 1% não expressou qualquer nível de preconceito⁶⁹.

Outro dado da pesquisa mostra que **quando perguntados sobre se o Poder Público deveria ter políticas de combate à discriminação contra LGBT, ou se isso é uma questão que deve ser resolvida no âmbito privado, “70% concordam com a segunda alternativa, contra apenas 24% [que concordam com a primeira]”⁷⁰.**

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

56% dos entrevistados mudariam sua conduta com o colega de trabalho se soubessem que ele é homossexual. Um em cada cinco se afastaria e passaria a evitá-lo. 36% deixariam de contratar um homossexual para um cargo em sua empresa, mesmo que ele fosse o mais qualificado entre os pretendentes ao cargo. 45% trocariam de médico se descobrissem que ele é gay. 79% ficariam tristes se tivessem um filho homossexual. 8% seriam capazes de castigá-lo. 62% dos entrevistados acham que o pai deve tentar convencer seu filho a mudar de condição quando descobre que é homossexual⁷¹.

É necessário o tratamento equitativo de proteção legal às minorias sexuais com uma política de respeito às diferenças, tendo o Estado o papel de fomentar essa política de proteção e de reconhecimento⁷². O sistema de direitos não pode desprezar as

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

69 VENTURINI, Gustavo. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais – Apresentação. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa LGBT fev09 FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa%20LGBT%20fev09%20FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf)>. 2009. Cf. também: VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: <<http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-antiores/intolerancia-diversidade-sexual>>. 2008.

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

71 BORTOLINI, Alexandre. (coord.). Diversidade Sexual na Escola. Rio de Janeiro: Pró Reitoria de Extensão da UFRJ, 2008, p. 27. A respeito de outras pesquisas sobre homofobia no Brasil ver também: BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, PEREIRA, Cícero; TORRES, Ana Raquel R.; ALMEIDA, Saulo Teles. Um Estudo sobre as Formas de Preconceito contra Homossexuais na Perspectiva das Representações Sociais. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, 2002, 15 (1), p. 165-178; e LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, p. 65-95, 2005.

72 “O liberalismo l ignora a *equiprocendência* das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária. Pois os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e o desigual o que for desigual.” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, cit. p. 242.)

diferenças,⁷³ sendo necessária uma política de reconhecimento que preserve a integridade das minorias sexuais, até mesmo em suas condições mais vitais garantidoras de sua própria identidade.

A arquitetura do Estado de Direito que é muito rica em pressupostos visa a igualar⁷⁴ juridicamente e proporcionar o reconhecimento do diferente, ou seja, das coletividades que se distinguem umas das outras, seja pela sua origem étnica, pela tradição, pela forma de vida, ou até mesmo, como ocorre na situação analisada, pela orientação sexual⁷⁵.

A suposta neutralidade do direito é analisada como se questões de reconhecimento jurídico e constitucional, não somente uma mera inclusão e sim reconhecimento com igualdade de condições, tivessem que ser afastadas do direito, suprimindo qualquer discussão por serem inacessíveis a uma regulamentação jurídica imparcial. Para Nancy Fraser reparar a injustiça sem dúvida requer uma política de reconhecimento.⁷⁶

Segundo Jürgen Habermas⁷⁷ “é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.”

E o conceito de ‘exclusão social’ não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização; mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’ que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política.⁷⁸

73 “A política neoconservadora tem uma certa possibilidade de realização se ela encontrar uma base nessa sociedade cindida, segmentada; que ela mesma produz. Os grupos excluídos ou oprimidos à margem não dispõem de nenhum poder de veto, pois representam uma desarticulada minoria segregada do processo de produção. O padrão cada vez mais utilizado no quadro internacional entre a metrópole e a periferia subdesenvolvida parece reiterar-se no interior da sociedade capitalista desenvolvida: os poderes estabelecidos dependem cada vez menos do trabalho e da disposição de cooperação dos empobrecidos e privados de direitos para sua própria reprodução. Entretanto, uma política precisa não apenas poder se impor, ela tem de funcionar também. Mas um abandono definitivo dos compromissos sócio-estatais deixaria, necessariamente, vazios funcionais que só poderiam ser preenchidos através de repressão ou desamparo.” (HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas**. Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87, pp. 110-111.)

74 “Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que frequentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério de orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para ‘quaisquer outras formas de discriminação’.” (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 71/72.)

75 “É possível então articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas também heterossexual, ou, mais modernamente, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.” (RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. In Seminário Internacional: as minorias e o direito, 2001, Brasília. Anais. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 24, p. 156.)

76 FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, 2007, 107.

77 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 253.

78 MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000, p. 38.

A configuração democrática do nosso sistema deve incluir e amparar o diferente, igualando direitos, de modo a não apenas demarcarmos ou delimitarmos políticas e sim atingirmos fins coletivos reconhecendo direitos.

O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do reconhecimento mútuo e que possibilitam o uso das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (Grunde) e informações livremente flutuantes.⁷⁹

O reconhecimento de direitos migrou para a própria práxis ao constatarmos que no direito positivo e no próprio Estado Democrático de Direito há princípios que possuem uma fundamentação pós-convencional e que devem ser ajustados a uma consciência pública de uma cultura política liberal. Em um Estado Democrático de Direito todos devem ser portadores dos mesmos direitos.⁸⁰

As lutas pelo reconhecimento no estado democrático só possuem força legitimante na medida em que todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, tenham voz ativa e possam articular suas necessidades, e ninguém seja marginalizado ou excluído. Já deste ponto de vista da representação e da “qualificação cívica” é importante assegurar as premissas efetivas para o gozo em igualdade de chances dos direitos formalmente iguais. Tal não se aplica apenas aos direitos de participação política, mas também aos de participação social e aos direitos individuais, pois ninguém pode agir politicamente de forma autônoma se as condições de emergência de sua autonomia privada não estiverem asseguradas. Neste contexto, sou também favorável ao estabelecimento de cotas; por exemplo, por uma política de *preferred biring* em todos os setores de formação e de ocupação nos quais apenas por esta via possa ser assegurado o ‘justo valor’ dos direitos iguais para grupos estrutural e historicamente desfavorecidos. Estas medidas devem produzir um “efeito recuperativo” e têm por isso caráter temporário.⁸¹

A proteção legal dos homoafetivos implica em considerar o outro portador dos mesmos direitos.⁸² Portanto, o princípio da igualdade está atrelado ao princípio da

79 HABERMAS, Jürgen. **Entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels**. Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 93.

80 “Mas a legitimidade pretendida está vinculada, de qualquer modo, à hipótese de que o processo político conducente a maiorias seja um processo do povo *na sua totalidade* e não apenas de uma vertente política, de um grupo popular, uma comunidade religiosa ou camada social majoritárias ou minoritárias que ‘sustentam o Estado’ [staatstragend]. Em termos políticos todos devem ter direitos iguais – do contrário a alternância de maioria e minoria não é mais um mecanismo real. Minorias não devem funcionar como bonecos de papel [Pappkameraden] que de qualquer modo serão novamente vencidos pelo voto; em uma sociedade dividida de forma pluralista, elas devem ter uma chance comprovável de se converterem em maiorias. Isso pressupõe que o povo na sua totalidade possa participar efetivamente do processo político.” (MÜLLER, *op.cit.*, pp. 20-21.)

81 HABERMAS, Jürgen, *op.cit.*, p. 97.

82 “No entanto, ambos os problemas se ligam no caso em que o direito prescreve determinadas formas sociais e, com isso, deixa de ser o destinatário das reivindicações por igual consideração de minorias. O direito torna-se surdo às exigências de ‘diferentes’ comunidades à igual consideração quanto à forma de vida (frequentemente, de uma maioria), que é criticada por essas comunidades e que as marginaliza, é ela mesma parte integrante do direito.” (FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. Boitempo Editorial: São Paulo, 2010, p. 83.)

antidiscriminação⁸³ da anti-subjugação, se relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir iguais direitos, iguais valores às pessoas, independentemente de sua condição, ou de sua orientação sexual.

A aprovação de uma lei similar ao PLC de n. 122/2006 criminalizando práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual e o julgamento pelo STF da ADInO de n. 26, proporcionará maior justiça social, pois todos possuem o direito a um tratamento igual, a ser tratado como igual⁸⁴, sendo este um direito fundamental.

Os grupos minoritários, no caso em tela, as minorias sexuais,⁸⁵ tendo o direito a não discriminação quanto à orientação sexual amparado pelo legislador e havendo o reconhecimento constitucional de suas relações terão efetivamente sua inclusão democrática e o tratamento igualitário e protetivo.⁸⁶ Ainda, se o conceito constitucional de racismo é uma construção sociopolítica, donde a configuração de racismo se dá com toda situação de inferioridade de um grupo social sobre outro, conforme definido pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, não há razões para não incluir os atos de violência praticados contra a minoria LGBT como atos de racismo.

83 “No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição de direitos fundada exclusivamente na homossexualidade. Além disso, em nossa tradição, o princípio da igualdade material ordena a instituição de igual tratamento entre pessoas e grupos posicionados em situações semelhantes. No âmbito da orientação sexual, a igualdade material institui, na relação entre homossexuais e heterossexuais, o direito a ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade. Vale dizer, a diferenciação só pode ser tolerada quando houver fundamentos racionais aptos para sua imposição, em ônus de argumentação tanto maior quanto mais intensa for a desigualdade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais sem fundamentação racional, baseados em preconceitos ou pontos de vista particulares, ainda que compartilhados por majorias ou decorrentes do desconforto de quem quer que seja.”(RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.)

84 “A política de tratamento preferencial seria utilitarista se fosse justificada por um acréscimo da utilidade média para a sociedade como um todo e se sacrificasse os direitos individuais a esse fim – por exemplo, a discriminação de uma determinada parte da população poderia ser justificada com o argumento do aumento da riqueza social (DWORKIN, 1977c, p. 386). O objetivo de criar uma sociedade justa, que está no centro da política de tratamento preferencial, é, contudo, de outro tipo: está baseado não em ponderações utilitárias, mas em ponderações “ideais” sobre uma sociedade justa. Dworkin contesta que a “ação afirmativa” viole os direitos individuais, uma vez que distingue entre um direito a um *tratamento igual* e, a seguir, um direito a ser tratado *como um igual* (ibidem, p. 370). O direito a um “tratamento igual” atinge direitos fundamentais, como o direito de votar e o direito a uma educação universal apropriada, mas não o direito de acesso a uma universalidade, por exemplo.” (FORST, op.cit., p. 98.)

85 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, pp. 89 -106.

86 “Por todo o País, contam-se centenas de Organizações Não – Governamentais de defesa de LGBT. Sua atuação é eminentemente local, daí sua importância quando se fala na proteção contra discriminação no âmbito dos Municípios. Em sociedades descentradas, sem grandes vínculos de tradição e, aparentemente, refratária à política, é um dado sobremaneira interessante perceber como esses movimentos possibilitam a (re)produção da ideia de ‘identidade de grupo’. Assim, apesar de *locais*, não se pode negar que essas ONGs estão entre os movimentos mais atuantes pela defesa de Direitos Humanos na atualidade e do que se pode denominar hoje “sociedade civil organizada”. (BAHIA, op.cit., p. 102.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela garantia e proteção de seus direitos é uma luta constante e extremamente atual das minorias sexuais (LBGT), sendo baseadas no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito princípio da igualdade, da dignidade da pessoa e da não discriminação.

No presente estudo verificou-se a necessidade de mobilização do Legislativo Federal em aprovar uma lei similar ao PLC de n. 122/2006, que criminalize práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual de maneira a proteger as minorias sexuais da violência e do preconceito e do julgamento da ADO de n. 26 pelo Supremo Tribunal Federal de maneira a equiparar a violência contra as minorias LGBT ao racismo.

É competência apenas da União em considerar crimes às práticas violentas praticadas por outras pessoas, geralmente grupos de extermínio, às minorias sexuais (LBGT), devendo o Congresso Nacional efetivamente assumir um seu papel contra-majoritário de maneira a legislar e concretizar os preceitos constitucionais e internacionais relativos à vedação de práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual do ser humano.

Devido à inércia do Poder Legislativo Federal, o Judiciário vem assumindo o seu papel concedendo alguns direitos em determinados casos.⁸⁷

A omissão do Congresso Nacional denota a oposição de conservadores bem como vestígios de um pensamento arcaico, excludente e anti-democrático, fora da realidade social do país bem como do compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem.

Nesse sentido, o desprezo do legislador em nível federal no trato dessa questão é preocupante, pois nega direitos fundamentais às minorias que os elegeram e que possuem o direito de estarem amparadas pelo poder público.

A aprovação de uma lei penal de proteção às minorias sexuais é uma política pública de ação afirmativa para que não apenas o poder público, mas também toda a sociedade reconheça a necessidade de que tal segmento, que já é carente de políticas direcionadas, tenha amparo protetivo por parte do Estado contra discriminação e violência grave.

Portanto, nada justifica a omissão do legislativo federal brasileiro em relação aos direitos homoafetivos, tendo em vista serem os homossexuais cidadãos e, portanto, devem ser alvo de respeito e proteção por parte do Estado.

87 Nos casos de adoção, tem prevalecido nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o melhor interesse da criança. Baseado nesse princípio a Quarta Turma proferiu em 27 de abril de 2010 uma decisão inédita: permitiu a adoção de crianças por um casal homossexual, lésbicas. Além disso, no dia 24 de agosto de 2010, foi publicada uma decisão histórica, na qual o Supremo Tribunal Federal discutiu pela primeira vez adoção por um casal gay e negou recurso interposto pelo Ministério Público do Paraná, que visava impedir que Toni Reis e David Harrad pudesse adotar filhos em conjunto. A decisão foi proferida no dia 16 de agosto, só vindo a ser publicada no Diário do Supremo Tribunal Federal no dia 24 de agosto de 2010. O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da autorização à legitimidade da ação. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 3, 2007, pp. 443-464.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, pp. 89-106.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito à Não Discriminação e Homofobia no Brasil, Resoluções Internacionais e a Constituição de 88. In: José L. Quadros de Magalhães. (Org.). **Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 1-18.

_____; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, pp. 65-92, 2013.

_____. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, pp. 307-327.

BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; ____; MAGALHÃES, José L. Quadros de. Direito à diferença. **Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 339-374.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, pp. 409-431, outubro 2010.

_____. **Casamento, um direito civil**. A Tribuna Pousoalegrense, Pouso Alegre, v. 242, p. 6, 17 jul. 2010.

_____. Homofobia no Brasil. **A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03 jul. 2010.

_____. **Nem pai, nem mãe: o melhor interesse da criança acima de tudo**. Jornal A Tribuna Pousoalegrense: Pouso Alegre - MG, v.238, p. 6 - 6, 19 jun. 2010.

_____. **MP, Interessante Público e Melhor Interesse da Criança**. Jornal A Tribuna Pousoalegrense: Pouso Alegre – MG, v. 248, pp. 6 - 6, 28 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BORTOLINI, Alexandre. (coord.). **Diversidade Sexual na Escola**. Rio de Janeiro: Pró Reitoria de Extensão, UFRJ, 2008.

CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. Controvérsia constitucional. *Revista Sub Judice*, n. 12, jan./jun. 1998, p. 27-31.

_____. Igualdade como ideal. *Revista Novos estudos Cebrap*, n. 77, 2007, pp. 233-240.

FORD, Zack. APA Revises Manual: being transgender is no longer a mental disorder. *Think Progress*, 03 dec. 2012, disponível em: <http://thinkprogress.org/lgbt/2012/12/03/1271431/apa-revises-manual-being-transgender-is-no-longer-a-mental-disorder>.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. Boitempo Editorial: São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. **Escalas de Justicia**. Barcelona: Herder, 2008.

_____. *Reconhecimento sem ética?* Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, pp. 101-138, 2007.

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

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática: com abordagem do novo código civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HÄBERLE, Peter. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodrigo Haidar. *Consultor Jurídico*, 29.05.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 30.03.2015.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Troté, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós - Nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Alitera Mandi, 2001.

- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas**. Novos Estudos: CEBRAP, n. 18, set. 87, pp.77 -102.
- _____. **Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels**. Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, pp. 85-102.
- HART, H. L. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. de Gerson P. dos Santos. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna, In: Roger Raupp Rios (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. SUR – **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, pp. 65-95, 2005.
- MILL Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.
- _____. **O Governo Representativo**. São Paulo: Escala, 2006.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 1, n. 2, pp. 87-107, jul./dez. 1994.
- MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual, comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista**, v. 39, pp. 51-71, 2011.
- PEREIRA, Cícero; TORRES, Ana Raquel R.; ALMEIDA, Saulo Teles. Um Estudo sobre as Formas de Preconceito contra Homossexuais na Perspectiva das Representações Sociais. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, 2002, 15 (1), pp. 165-178.
- PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. *O Globo*, Opinião, 21/09/2007, p. 7.
- RANGEL, Vera Lúcia. *Conheça e Defenda seus Direitos*. São Paulo: Nova Cultural, 2010.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. In Seminário Internacional: as minorias e o direito, 2001, Brasília. Anais. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 24, pp. 154 - 175.
- SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. **A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida**, p. 11. III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades - 15 a 17 de Maio de 2013 - Universidade do Estado

da Bahia – Campus I Salvador – BA, disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2013/06/A-transexualidade-na-atualidade-discurso-cient%C3%ADfico-pol%C3%ADtico-e-hist%C3%B3rias-de-vida.pdf>>

SOUZA, Jessé. **(Não) Reconhecimento e subcidadania ou o que é 'ser gente'?**. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 59, pp. 51-74, 2003.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **El consenso democrático: fundamento y limites del papel de las minorias**. México: Isonomia, n. 12, abril, 2000, pp. 6 - 34.

VECCHIATTI, Paulo Roberto IOTTI. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008.

_____. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006), In: Tereza Rodrigues Vieira. **Minorias sexuais – Direitos e preconceitos**, São Paulo: Consulex, 2012, pp. 37-38.

VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/intolerancia-diversidade-sexual>. 2008.

_____. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais** – Apresentação. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa_LGBT_fev09_FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf>. 2009.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). **Direito criminal contemporâneo**. Brasília: Kiron, 2012.

VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 415-440.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995.

SITES UTILIZADOS:

www.naohomofobia.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados>.

Princípios de Yogyakarta, 2010, p. 07-10, disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>

Meio minuto para morrer, Revista Veja, 16/02/2000, disponível em: <http://veja.abril.com.br/160200/p_112.html>.

GO: Menina lésbica de 16 anos é morta por família da namorada, Revista Lado A, 06 abr. 2011. Disponível em: <<http://revistaladoa.com.br/2011/04/noticias/>>

go-menina-lesbica-16-anos-morta-por-familia-namorada>.

A cada 33 horas um homossexual é assassinado no país, Portal EBC, 28/11/2012, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/11/a-cada-33-horas-um-homossexual-e-assassinado-no-pais>>.

Pai bate em filho até a morte na zona oeste do Rio, R7, 20/02/2014, 06/08/2013, disponível em: <<http://videos.r7.com/pai-bate-em-filho-ate-a-morte-na-zona-oeste-do-rio/idmedia/5306010e0cf276ddaad8b199.html>>;

Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça, O Globo, 05/03/2014, disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-11785342>>.

Pai espanca filho por ser homossexual, Pragmatismo político, disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/pai-espanca-filho-por-ser-homossexual.html>>.

A CIDH condena assassinato de adolescente gay no Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <<http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>>.

CIDH condena assassinatos de mulheres trans no Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2012/113.asp>>.

RJ: suspeito de integrar quadrilha que atacava homossexuais é preso, Terra, disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/rj-suspeito-de-integrar-quadrilha-que-atacava-homossexuais-e-preso,765ca97036cdb310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>.

Aumento de crimes de homofobia no centro de SP preocupa comunidade gay, iGay, 26/01/2014, disponível em: <http://igay.ig.com.br/2014-01-24/aumento-de-crimes-de-homofobia-no-centro-de-sp-preocupa-comunidade-gay.html>.

Ataques homofóbicos em SP se concentram no centro, diz estudo, Folha de São Paulo, 19/02/2011, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/02/878162-ataques-homofobicos-em-sp-se-concentram-no-centro-diz-estudo.shtml>>.

Skatistas são suspeitos de matar gay em São Paulo, Folha de São Paulo, 03/02/2014, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1406627-skastistas-sao-suspeitos-de-matar-gay-em-sao-paulo.shtml>>.

Disponível em: parte I - <<http://www.youtube.com/watch?v=pPgWZh48SVk>>; parte II - <<http://www.youtube.com/watch?v=ZLKyYt-1r7A>>.

Hate crimes. Confronting violence against lesbians and gay men, 1992.

JUSTIFICANDO. Advogado ingressa na Comissão Interamericana contra Estado Brasileiro por não reprimir homofobia. *Portal Justificando*, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/advogado-ingressa-com-denuncia-na-cidh-contra-estado-brasileiro-por-nao-reprimir-homofobia/>>.

Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011. Brasília, 2012, disponível

em: <<http://www.sedh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>.

Relatórios sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012. Brasília, 2013, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>.

Resolução sobre Homofobia na Europa em 2006. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0018&format=XML&language=PT>>.

Tratado de Amsterdam disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>.

Documento da União Europeia que institui “**Diretrizes Orientadoras Sobre o Tratamento Igualitário no Trabalho**” disponível em: <<http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/2000-78-EC-es.pdf>>.

RECEBIDO EM: 27/02/2018 APROVADO EM: 13/04/2018
--