

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: A BUSCA POR DIREITOS  
E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO**

Mayane Laisa de Oliveira

Presidente Prudente/SP  
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: A BUSCA POR DIREITOS  
E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO**

Mayane Laisa de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP

2018

# **ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: A BUSCA POR DIREITOS E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Renato Tinti Herbella  
Orientador

---

Wilton Boigues Corbalan Tebar  
Examinador

---

Silvia Emboaba da Costa  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 20 de novembro de 2018.

“Época difícil a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo”.

Albert Einstein

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida. Agradeço por ser meu guia, além de fonte de luz e amor. Obrigada por me tornar forte a cada dia, por perdoar os meus pecados e por ouvir todas as minhas preces.

Agradeço a minha mãe (Márcia), que me inspira e me cobre de amor e conselhos. Sem ela nada disso seria possível. Obrigada por me ensinar tanto. Da mesma maneira, agradeço ao meu padrasto (João Carlos), exemplo de solicitude e bondade.

Agradeço a minha irmã (Maria Eduarda) pela amizade que construímos e fortalecemos diariamente. Mesmo sendo mais nova, você me ensina muito e, certamente, é uma fonte de inspiração.

Agradeço aos meus avós maternos (Regina e Ozenito) por todo cuidado e carinho. Obrigada por todo o incentivo e por tornarem esse sonho realidade. Vocês são essenciais em minha vida. Não sou capaz de expressar a minha gratidão e muito menos o meu amor em palavras. Simplesmente obrigada por tudo.

Agradeço as minhas amigas (Beatriz, Isabela, Débora e Heleny) que tornaram a passagem pela faculdade menos estressante, já que aprendemos a dividir nossas aflições e compartilhamos muitas conquistas. Uma sempre ajudando a outra. Em especial, agradeço a Ana Flavia por todo apoio e por sempre acreditar no meu potencial, Deus foi muito generoso ao coloca-la em minha vida.

Por fim e não menos importante, agradeço ao meu orientador e professor (Renato) por acreditar, desde o começo, na elaboração deste trabalho. Obrigada por ter sido paciente, prestativo e pela contribuição com seus conhecimentos.

## RESUMO

O presente estudo visa discutir questões atuais sobre a diversidade sexual, levando em consideração a necessidade de esclarecer os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, para que a sociedade consiga entender e respeitar as diferenças. Será analisado o crescimento e desenvolvimento dos movimentos de luta por igualdade de gênero e reconhecimento de direitos a população "LGBTI". Partindo de uma análise histórica, em que se evidencia a existência de pessoas LGBTIs desde os primórdios da humanidade, adentramos em uma perspectiva de direitos humanos que foram alcançados e reconhecidos tanto em âmbito nacional como internacional. Evidenciamos a necessidade de cada vez mais se interpretar a Constituição Federal no sentido de garantir dignidade às pessoas LGBTI. Será abordada a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Por fim, trataremos da triste questão da homofobia e preconceito contra a diversidade sexual, que impulsionaram o surgimento de movimentos sociais de luta contra a discriminação e foi objeto de projetos de lei para criminalização de qualquer tipo de violência contra LGBTIs.

**Palavras-chave:** Diversidade Sexual. Movimentos LGBTIs. Direitos Humanos. União Homoafetiva. Preconceito. Homofobia.

## ABSTRACT

The present study aims to discuss current issues about sexual diversity, considering the need to clarify the concepts of sexual orientation and gender identity, so that society can understand and respect differences. It will analyze the growth and development of movements for the fight for gender equality and recognition of rights to the "LGBTI" population. Based on a historical analysis, which shows the existence of LGBTI people from the beginning of humanity, we enter into a human rights perspective that has been achieved and recognized both nationally and internationally. We highlight the need to increasingly interpret the Federal Constitution in order to guarantee dignity to LGBTI people. It will be approached the paradigmatic decision of the Federal Supreme Court that recognized the homoaffective union as a family entity. Finally, we will address the sad issue of homophobia and prejudice against sexual diversity, which have spurred the emergence of anti-discrimination social movements and had been the subject of bills to criminalize any type of violence against LGBTIs.

**Keywords:** Sexual Diversity. LGBTI movements. Human rights. Homoaffective Union. Prejudice. Homophobia.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E QUADROS

### FIGURA

FIGURA 1 – Mortes de LGBTI no Brasil em 2017.....	87
FIGURA 2 – Estatística de mortes de 200 a 2017.....	88

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 DIVERSIDADE SEXUAL .....</b>	<b>11</b>
2.1 Aspectos históricos, sociais e jurídicos .....	11
2.2 Sexualidade.....	22
2.3 Orientação Sexual.....	27
2.3.1 Gays.....	30
2.3.2 Lésbicas .....	32
2.3.3 Bissexuais .....	33
2.3.4 Transexuais.....	34
2.4 Identidade de gênero .....	37
<b>3 DIREITOS LGBTI: UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>42</b>
3.1 Perspectiva Supralegal: Tratados e Convenções Internacionais .....	42
3.2 Perspectiva Constitucional .....	50
3.2.1 Princípios e Direitos fundamentais instituídos pelo artigo 5º da Constituição Federal .....	50
3.2.2 A (in)constitucionalidade do artigo 226, §3º da Constituição Federal e as uniões homoafetivas como entidade familiar.....	57
<b>4 HOMOFOBIA E PRECONCEITO CONTRA A DIVERSIDADE SEXUAL.....</b>	<b>75</b>
4.1 O preconceito às minorias.....	75
4.2 A origem e contribuição dos movimentos sociais LGBTI inerente ao combate à discriminação .....	80
4.3 A criminalização da homofobia.....	84
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Quando a temática “sexualidade” se manifesta, diversos tabus norteiam a matéria. Colidimos com a perspectiva de uma sociedade conservadora e retrógrada, que considera aberrante qualquer relacionamento contrário ao heterossexual, uma espécie de patologia, insultando a moral e os bons costumes. Uma visão conservadora que acaba influenciando e impossibilitando a homologação de leis em favor da comunidade LGBTI.

O corrente trabalho surgiu a partir da noção de que, a efetividade dos direitos sexuais se mostra necessária. A importância do conteúdo é perceptível mediante a demanda de debates sobre o tema, tanto no cenário nacional quanto no internacional.

Cada vez mais surgem reivindicações no que tange à não-discriminação em virtude da orientação sexual ou identidade de gênero do indivíduo. Portanto, da presente monografia poderá ser extraída uma conclusão crucial, no qual toda a estrutura jurídica direciona-se para um único destino: o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988), princípio que recrimina quais formas de discriminação, resultando no livre exercício da sexualidade, tendo em vista o artigo 3º da Lei Maior que traz como objetivo da República a promoção do bem de todos.

Para tanto, este trabalho divide-se em três partes: o primeiro capítulo, traz a distinção entre sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero, bem como explana a terminologia LGBTI, identificando os sujeitos pertencentes ao grupo e o que os distingue entre si.

O segundo capítulo se desenrola numa perspectiva de direitos humanos, esclarecendo a ideia de dignidade da pessoa humana e todos os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 (direito à igualdade, à vida, à liberdade), acarretando a proibição de qualquer tratamento discriminatório por motivos de orientação sexual e identidade de gênero. Dando continuidade, o capítulo analisa as mudanças agregadas a partir da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132 e ADI 4277) que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e seus respectivos reflexos.

Para encerrar, o último capítulo, coloca em pauta a carência de lei capaz de criminalizar qualquer ato de ofensa à sociedade LGBTI, a chamada homofobia. Devido à empecilhos, projetos de leis que tratam do tema são barrados no Congresso Nacional, impedindo que se aprove uma legislação capaz de assegurar o almejado tratamento igualitário, tendo como resultado a impunidade de quem não aceita a diversidade que existe em cada um. À vista disso, o trabalho se torna uma súplica, incitar os direitos humanos como método de luta pela dignidade, característica marcante de um Estado Democrático de Direito.

## **2 DIVERSIDADE SEXUAL<sup>1</sup>**

Diante da complexidade do tema surgiu a necessidade de utilizar um termo que comportasse, de forma inclusiva, a diversidade de sexos, identidade de gênero e orientação sexual, sem, contudo, apontar cada uma das identidades que compõem essa pluralidade. Este termo é justamente a diversidade sexual.

### **2.1 Aspectos históricos, sociais e jurídicos**

A família, respeitável instituição que caracteriza uma sociedade, tem um papel de suma importância para o homem, haja vista ser o ambiente no qual se estabelecem ligações afetivas, além de se constituírem condições para um ideal desenvolvimento.

Inicialmente, a concepção de família trazia uma carga muito forte de influência da igreja católica (e do direito canônico) e consistia no casamento, instituição sacralizada e indissolúvel, formada por duas pessoas de sexo distintos e por seus descendentes diretos (consanguíneos). Vejamos o Código de Direito Canônico de 1.983:

Cânon 1055, §1º: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e a geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.

Portanto, no direito brasileiro, a única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas (vigente entre 1.603 até 1.916) era a formada pelo casamento e, portanto, uma família heterossexual, da qual advinham filhos legítimos, e em que o homem detinha o poder patriarcal, hoje denominado poder familiar.

O Código Civil de 1.916 (Lei nº 3.071/16) manteve o patriarcalismo, onde o homem é o chefe da família, inserindo a mulher casada no rol das pessoas relativamente incapazes. Essa legislação civil, seguindo os moldes canônicos,

---

<sup>1</sup>Este capítulo foi publicado no ETIC 2017 - Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, sendo utilizado de forma parcial nesta monografia.

consagrava o casamento como à única entidade jurídica formadora da família, obstaculizando, igualmente, a adoção e autorizando o reconhecimento de filhos somente quando não adulterinos ou incestuosos.

Com o passar dos tempos, segundo Ariana Kelly Leandra Silva da Silva (2013, p. 12-25), houve importantes alterações na estrutura familiar tradicional, deixando de compor o modelo greco-romano. O que antes era marcado pela obrigação, considerando que o patriarca conduzia o lar sem qualquer imposição da mulher ou dos filhos, atualmente, recebe tratamento diferente já que a base familiar é definida pela troca e valorização do afeto.

No entanto, torna-se uma tarefa difícil tratar do significado ou até mesmo da origem do que é família, uma vez que esta percepção é subentendida por qualquer ser humano.

Tomando por base a evolução histórica, a composição familiar passou por alterações significativas. Foi superada, em partes, a ideia de que a constituição familiar deveria ser composta somente pela figura “homem e mulher”.

Nesse diapasão, a origem de novos paradigmas das diversas relações familiares recomenda uma reavaliação e uma cuidadosa análise do conceito central de família, considerando, ainda, as variadas alterações sofridas por este conceito, especialmente desde o final da Segunda Guerra Mundial, em 1.945.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1.988, juridicamente este panorama começou a mudar, conforme explica Orlando Gomes (1998, p. 34):

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).

A partir deste momento o leque sobre a família se abriu e passamos a considerar família não somente a união através do casamento, mas também a união

estável, as famílias formadas apenas por um genitor e filhos, avós e netos, irmãos, e também a união entre pessoas do mesmo sexo.

Maria Helena Diniz (2008, p. 09) explica que família, em sentido amplíssimo:

[...] seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

Paulo Lôbo (2009, p. 02), trazendo um panorama jurídico a respeito do conceito de família ensina que:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

A família, para o direito contemporâneo brasileiro, traduz-se na organização social estabelecida a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

Tratando especificamente das relações homoafetivas é preciso explicar que, apesar de somente terem sido reconhecidas recentemente, elas sempre existiram.

Assim, partir-se-á da fase onde não existia o conceito de homossexualidade, mas que as relações entre pessoas do mesmo sexo eram manifestas.

Considerada uma realidade presente desde a origem da humanidade, a homossexualidade sempre existiu no contexto social. Consoante o que diz Maria Berenice Dias (2009, p. 34), sobre a homossexualidade, “[...] apesar de, na maioria das vezes, não ser admitida, nenhuma sociedade jamais ignorou sua existência. Acompanha a história humana e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada”.

Especificamente na Grécia antiga, de acordo com Maria Berenice Dias (2009, p. 30-37), a prática homossexual era vulgarmente denominada como

“pederastia”, que significa o contato entre um homem mais velho e um rapaz mais jovem e, para os costumes e valores da época, simbolizava o rito de passagem da adolescência para a fase adulta e prova de respeito aos mais velhos.

Constituindo um ritual de iniciação sexual para os adolescentes, os quais eram chamados de “efebos”. Em verdade, era uma honra para o jovem ser escolhido pelo “preceptor”, um grande exemplo de inteligência e sabedoria, que lhe transmitiria extraordinários conhecimentos. Mas, na realidade, os efebos serviam de “mulher” para seus preceptores, como uma forma de estarem devidamente treinados para a inserção no exército e aptos para a política.

Em Roma, com a nomenclatura de “sodomia”, a homossexualidade não era ocultada e nem mesmo estimulada. Conforme Maria Berenice Dias (2009, p.37):

[...] o preconceito da sociedade romana existia somente contra quem assumia a condição de passividade. Era feita associação com impotência política”. Assim, a homossexualidade era vista como uma fraqueza de caráter.

No entanto, a sodomia era aceita como um mero capricho do Imperador que satisfazia seus desejos com concubinas e rapazes. Posteriormente foi quebrado o paradigma de que a homossexualidade estaria relacionada a fraqueza de caráter ou a uma impotência política. Segundo preconiza Michel Foucault (2011, p. 51), “o sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie”.

Foi quando o Imperador Públio Élio Adriano desmistificou a visão dos romanos ao assumir publicamente seu amor por um jovem, sendo que este passou a acompanhá-lo, juntamente a comitiva imperial, em todas as suas viagens. Até por isso o reinado de Adriano foi marcado por inúmeras viagens às províncias.

Nesse sentido, Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003, p.33) preceitua que:

O amor declarado do Imperador Adriano pelo jovem Antínoo é um dos mais belos exemplos de uma relação homossexual na história, que mudou o modo de pensar romano e influenciou gerações de poetas e pensadores ocidentais.

Nota-se que a homossexualidade sempre se fez presente na vida humana, mesmo que escondida ou camuflada por atitudes moralistas e machistas advinda de um discurso conservador para a garantia da reprodução humana.

Para Enézio de Deus Silva Júnior (2008, p. 55), a homossexualidade:

É uma prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sexuais humanas – caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico que não se reduz a simples escolha ou opção.

Importante salientar que o fenômeno homossexualidade não é um comportamento novo e, nem mesmo, exclusivo do ser humano, sendo também uma prática natural no reino animal. Assim prescreve Humberto Rodrigues (2004, p. 35):

[...] a homossexualidade sempre acompanhou a história da humanidade, havendo registro deste tipo de comportamento sexual até mesmo entre os povos selvagens e, na natureza, entre os animais.

Desde o século passado, com a proliferação de movimentos na luta e reivindicação por direitos homossexuais, houve um aumento significativo na visibilidade das diversas formas de se expressar a sexualidade.

No final da década de 1.940 surgiu em Amsterdam uma das primeiras organizações que hasteava a bandeira pela luta aos direitos LGBTI, chamava-se *Center for Culture and Recreation* (Centro para Cultura e Recreação) com o desígnio de educar as autoridades, além de reunir e unir os homossexuais. O grupo *Levensrecht* editava publicações mensais com o intuito de desconstruir a imagem negativa ligada à homossexualidade.

Com a mesma finalidade, na década de 1.950 nasceu o *Mattachine Society*, um importante grupo que promovia discussões sobre a homossexualidade. Foi possível constatar que, até o final da década de 1.960, houve uma paralisação dos movimentos em busca por direitos LGBTI, surgindo no ano de 1.969 uma nova cultura de protesto.

De acordo com Regina Fachinni (2010, p. 10-19), em 1.969 é que o termo “homossexual” foi formalmente criado e introduzido na literatura pelo escritor húngaro Károly Mária Kertbeny. Formado pela junção da palavra grega *homo*, que

significa “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, que quer dizer “sexualidade”, temos a expressão “sexualidade semelhante”.

Segundo Roger Raupp Rios (2001, p. 51), a contar da década de 1.960, “ganham destacada expressão os movimentos sociais por direitos de homossexuais nos Estados Unidos, época considerada como nascimento do movimento gay contemporâneo”.

Pode-se dizer que o marco inicial na reivindicação por direitos e a luta em defesa aos homossexuais se deu ao final da década de 1.960, sendo uma grande evolução na consciência de gênero.

Mais precisamente na noite de 28 de junho de 1.969, foi no popular Stonewall, um bar gay norte-americano, em que a população LGBTI e simpatizantes, cansados de serem acudados e sofrerem todos os tipos de agressões por parte do departamento de polícia de Nova Iorque, decidiram dar um basta à opressão.

A data ficou conhecida como a *Revolta de Stonewall*, avocando a repercussão de muitos países para o preconceito e, conseqüentemente, a discriminação suportada pelos homossexuais. Sendo um grande marco para servir tanto para celebrar a diversidade sexual como para reivindicar a igualdade de direitos.

No Brasil, segundo Cristiane Gonçalves da Silva (2015, p. 19-27), ensejando a institucionalização da data como o “Dia do Orgulho Gay”, o movimento nasceu no final dos anos de 1.970 e primeiramente foi formado por homens homossexuais. Nos primeiros anos, as lésbicas começaram a participar dos movimentos com mais afinco firmando-se como sujeito político e, somente nos anos 1.990, travestis e transexuais também passaram a participar. Por fim, a partir dos anos 2.000, os bissexuais passaram a cobrar o reconhecimento do movimento.

Apesar de grandes avanços, bem como da luta engajada de movimentos sociais, atualmente, ainda existem diversos casos de discriminação e preconceito, fazendo com que haja uma desvalorização da diversidade sexual, tendo como consequência a exclusão social.

A sociedade, cada vez mais, tem buscado encontrar formas para a inserção de discussões quanto à diversidade sexual existente no contexto social.

Apesar de ainda ser considerada um “tabu”, debater, sem medo, sobre todos os aspectos da sexualidade é de suma importância para obtermos uma diminuição ou até mesmo acabar com o preconceito, discriminação, violência e, finalmente, a exclusão de grupos ditos como minoritários.

Assevera Maria Berenice Dias (2009, p.29):

Com a evolução dos costumes, com a mudança de valores e dos conceitos de moral e pudor, a livre orientação sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje já é enfrentada abertamente, sendo retratada de forma explícita em filmes, novelas e na mídia. A sociedade nas últimas décadas – ainda bem – está ficando mais tolerante e lentamente vem mudando a maneira de encarar as relações de pessoas do mesmo sexo.

A sexualidade, em pleno século XXI, ainda é vista como uma espécie de "tabu", remetendo mais o lado "reprodutivo" do que propriamente e, necessariamente, ao exercício de autoconhecimento. Por conta disso, o ativismo ou movimento “LGBTI” vai além da luta por direitos civis, é uma luta constante pelo simples direito à vida (artigo 5º, *caput*, Constituição Federal de 1.988), à dignidade (artigo 1º, III), a liberdade (artigo 5º, *caput*, inciso II e IX) e ao respeito. Direitos garantidos pela Constituição Federal para todo e qualquer sujeito, mas, infelizmente, negados à classe devido a sua diversidade sexual.

A diversidade sexual demonstra a existência da individualidade de identidades, práticas e desejos sexuais que norteiam as relações humanas, por integrar a própria condição humana.

Apesar de ganhos significativos alcançados com a luta engajada de movimentos sociais, é evidente que muitos grupos ainda suportam um alto nível de limitação e supressão de oportunidades. Conseqüentemente, com toda opressão sofrida, determinadas pessoas são obrigadas a desenvolver suas identidades de maneira oculta, principalmente em certos âmbitos sociais, sobretudo em espaços de poder e visibilidade.

De acordo com Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 70):

No âmbito da sexualidade, o preconceito social produziu a invisibilidade de certas identidades sexuadas, garantindo a subalternidade de alguns direitos sociais e por sua vez, legitimando práticas de inferiorizações sociais, como a homofobia. O preconceito, neste caso, possui um funcionamento que se utiliza, muitas vezes, de atribuições sociais

negativas advindas da moral, da religião ou mesmo das ciências, para produzir o que aqui denominamos de hierarquia sexual, a qual é embasada em um conjunto de valores e práticas sociais que constituem a heteronormatividade como um campo normativo e regulador das relações humanas.

Em setembro de 2006, na Indonésia, uma importante Comissão Internacional de juristas, unida ao Serviço Internacional de Direitos Humanos, implementou um projeto com a finalidade de desenvolver princípios jurídicos no tocante à violação dos direitos humanos segundo a orientação sexual e a identidade de gênero, conferindo maior clareza e ampla aplicação àquelas obrigações de direitos humanos já existentes nos Estados.

Os Princípios de Yogyakarta, constituem uma considerável contribuição à composição de um direito igualitário da sexualidade e, mesmo sendo de ínfima repercussão, principalmente em países onde a homossexualidade é tipificada como crime, sua assistência é inquestionável e evidencia uma vasta conquista.

Conforme Maria Berenice Dias (2009, p. 71), determinados princípios “afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes a serem cumpridas por todos os Estados. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados”. Assim, os Princípios certificam a incumbência primordial dos Estados de efetivarem os direitos humanos.

De tal modo, Maria Berenice Dias (2009, p. 70-72), ao tratar dos Princípios de Yogyakarta, explana que foram regulamentadas as seguintes normas:

1. Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos;
2. Direito à Igualdade e à Não-Discriminação;
3. Direito ao Reconhecimento Perante a Lei;
4. Direito à Vida;
5. Direito à Segurança Pessoal;
6. Direito à Privacidade;
7. Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade;
8. Direito a um Julgamento Justo;
9. Direito a Tratamento Humano durante a Detenção;
10. Direito de não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante;
11. Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos;
12. Direito ao Trabalho;
13. Direito à Segurança Social e outras Medidas de Proteção Social;
14. Direito a um Padrão de Vida Adequado;
15. Direito à Habitação Adequada;
16. Direito à Educação;

17. Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde;
18. Proteção Contra Abusos Médicos;
19. Direito à Liberdade de Opinião e Expressão
20. Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas;
21. Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião;
22. Direito à Liberdade de Ir e Vir;
23. Direito de Buscar Asilo;
24. Direito de Constituir uma Família;
25. Direito de Participar da Vida Pública;
26. Direito de Participar da Vida Cultural;
27. Direito de Promover os Direitos Humanos;
28. Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes;
29. Responsabilização.

Se igualarmos os Princípios de Yogyakarta, acima mencionados, à Constituição Federal, é notório que todos os indivíduos, sem exceção, têm o ilustre direito à autodeterminação sexual e, obviamente, à liberdade de gênero. Portanto, auferir análoga proteção das leis, bem como do sistema político-jurídico, torna-se inadmissível qualquer exclusão ou discriminação que acarrete o desrespeito ou intolerância em virtude da orientação sexual.

Isto posto, o Supremo Tribunal Federal pôs em prática dois Princípios de Yogyakarta em recentes decisões, abordando o *Direito ao absoluto reconhecimento perante* (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275) a *Lei* e o *Direito ao tratamento humano durante a vigência de sua detenção*. Destaca-se da ADI 4.275, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio:

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio.

O nome do indivíduo, por ser inerente à personalidade, é extremamente relevante a vida social, tanto que o Código Civil de 2002 discorre sobre a matéria em seu artigo 16, evidenciando que todos têm direito ao nome. Destarte, ao resguardar o nome, fez-se materializar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil não há uma legislação específica que regule a alteração do registro civil, restando ao transexual pleitear seu interesse junto ao Poder Judiciário. Alguns juízes, a fim de evitar o constrangimento à pessoa, julgaram procedente a alteração do nome fundamentando no direito à privacidade e à intimidade. Mas, por

sua vez, tantos outros, não permitiram a alteração do nome, embasado na prévia necessidade da cirurgia de transgenitalização, o que foi pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça, entendendo não ser um requisito submeter-se a intervenção cirúrgica para a devida alteração do nome ou gênero em documentos públicos:

O direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017 (Info 608)

Ante a importância da discussão, sendo, inclusive, tema do Projeto de Lei nº 5.002/2013 em tramitação na Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal se posicionou entendendo que toda pessoa possui o direito de preferir como deve ser chamado. Assim, avançou sobre o tema ao permitir que transgêneros altere seu nome no registro civil sem a necessidade de submeter-se à cirurgia de transgenitalização.

Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.

STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Nub. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018 (Info 892).

Com relação ao segundo Princípio de Yogyakarta mencionado, qual seja, *Direito a tratamento humano durante a vigência de sua detenção*, o Supremo Tribunal Federal determinou a transferência de travestis para Unidade Prisional harmonizável à sua orientação sexual, o Ministro Relator fundamentou a decisão em uma Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional do Combate à Discriminação, que defende o direito ao tratamento condizente à identidade de gênero de cada indivíduo, bem como na Resolução 11 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo que discorre sobre a presença de travestis e transexuais nas Unidades Prisionais.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REGIME INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Não cabe *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional.
2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.
3. Acarreta indevida a supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada.
4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício.
5. *Habeas corpus* não concedido. Ordem concedida de ofício.

Assim, baseado neste preceito, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, considerado um importante fundamento do Estado Democrático de Direito, intitulado como “Princípios Fundamentais”, evidenciou, indiscutivelmente, a relevância e importância no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. De tal modo, ao possibilitar a plena aplicação do princípio da igualdade e liberdade, além da não discriminação, os quais caracterizam uma sociedade democrática, deixamos de lado os valores sociais, históricos e culturais.

Importante salientar que o Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incumbido pelo desenvolvimento da familiaridade humana em uma sociedade, em consonância à máxima da dignidade da pessoa humana, visando eliminar as discrepâncias sociais e as variações econômicas sociais, o que resulta na ideia de justiça social, congênita de uma sociedade traçada nas mãos daqueles que realmente detêm o poder.

Segundo preconiza Maria Rita de Holanda Silva Oliveira (2013, p. 92):

As garantias constitucionais constituem-se, pois, instrumento relevante para o respeito à diversidade humana, dentro da concepção do ideal de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Dessa forma, não há como se afastar de uma interpretação conforme à Constituição, para reconhecer que todo cidadão tem direito à reunião familiar na forma que lhe aprouver, bem como ao exercício de sua sexualidade e da busca de sua identidade de gênero, não sendo admissível a restrição legal dessa liberdade.

À vista disso, é importante realçar que, os Princípios de Yogyakarta na esfera nacional, constitui uma autêntica relação na composição e aplicação dos direitos humanos sexuais, aperfeiçoando e reiterando direitos tradicionais consagrados adequando-se à contemporaneidade.

## 2.2 Sexualidade

Ao longo dos séculos, a temática sexualidade sempre foi alvo de incessantes críticas e dogmas. Não obstante, a construção da sexualidade perpassa o desenvolvimento da origem humana, decorrente de sua percepção cultural e social.

Com grande enfoque no século XVII, o homem, através das ciências (filosofia, medicina, economia, etc.), dedicou o estudo à prática sexual, categorizando e gerenciando o sexo. Mas, somente ao final do século, com a expansão do sistema capitalista, as manifestações a respeito da prática sexual tornaram-se evidentes.

O discurso religioso na Idade Média, até aquele momento, teria transformado a prática sexual em um ato privativo àquelas relações heterossexuais com o desígnio, exclusivamente, para a reprodução humana. Segundo descreve Michel Foucault (2011, p. 45), “romper as leis do casamento ou procurar prazeres estranhos mereciam de qualquer modo, condenação”.

Além disso, de acordo com Michel Foucault (1999, p. 100), a relação sexual funcionava como “um dispositivo de aliança: sistema de matrimônio, de fixação e desenvolvimento dos parentescos, de transmissão dos nomes e dos bens”. Logo, o sexo era emudecido, restringido ao matrimônio, tendo que subsistir somente perante as quatro paredes da vida privada.

À medida que chegava ao final do século XVII, a sociedade, que até aquele momento padronizava o sexo às relações sanguíneas, no sentido de manter uma ascendência real, progrediu juntamente com as mudanças tecnológicas e, até mesmo, de pensamento. Assim, de modo coletivo, passaram a atentar-se aos atributos físicos e, portanto, na sexualidade.

Ainda sob a ótica do filósofo Michel Foucault (2011, p. 139), o discurso acerca do sexo foi originado pela burguesia:

Alguns acreditam poder denunciar duas hipocrisias simétricas: a dominante, da burguesia, que supostamente nega sua própria sexualidade, e a do proletariado, induzida, que rejeita a sua por aceitação da ideologia oposta. Isso equivalia compreender mal o processo pelo qual a burguesia se dotou, ao contrário, numa afirmação política arrogante, de uma sexualidade loquaz, que o proletariado, por muito tempo, recusou-se

a aceitar, já que ela lhe foi imposta, mais tarde, com fins de sujeição. Se é verdade que a “sexualidade” é o conjunto dos efeitos produzidos nos corpos, nos comportamentos, nas relações sociais, por um certo dispositivo pertencente a uma tecnologia política complexa, deve-se reconhecer que esse dispositivo não funciona simetricamente lá e cá, e não produz, portanto, os mesmos efeitos. Portanto, é preciso voltar a formulações há muito tempo desacreditadas: deve-se dizer que existe uma sexualidade burguesa, que existem sexualidades de classe. Ou, antes, que a sexualidade é originária e historicamente burguesa e que induz, em seus deslocamentos sucessivos e em suas transposições, efeitos de classe específicos.

Diante deste pensamento, é razoável constatar que a relação da sexualidade com a evolução humana, sob o prisma histórico-cultural, seria uma concepção da sociedade, ou uma construção social, sendo correto que não se ponde somente o aspecto biológico da sexualidade no desenvolvimento do ser humano.

De tal modo, entender a homossexualidade como uma construção social, significa, nas palavras de Roger Raupp Rios (2001, p. 54):

[...] postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos”.

Dessa maneira, a esfera social pertinente à sexualidade ganhou autonomia em razão da divisão entre o sexo e a procriação. E, em conformidade à Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 40), “enfraquecendo os padrões tradicionais de comportamentos e representações nos papéis de gênero, além de tornar visível a homossexualidade masculina e feminina”.

A estrutura discursiva do século XVIII, mesmo perante a legitimação científica de determinados ramos do conhecimento, tal qual o direito e a medicina psiquiátrica, persistiu a serviço da heterossexualidade como protótipo normal de sexualidade. Michel Foucault (2011, p. 48) evidencia que a ciência médica do século XIX, idealizou:

[...] toda uma patologia orgânica, funcional e mental, originada das práticas sexuais “incompletas”; classificou com desvelo, todas as formas de prazeres anexos; integrou-os ao “desenvolvimento” e às “perturbações” do instinto; empreendeu a gestão de todos eles.

Neste momento histórico, por ser considerada doença ou desvio patológico, surgiram teorias a fim de tentar explicar a homossexualidade, diante do despertar interesse científico para a sua formação ou etiologia. Sigmund Freud teve um papel de suma importância por contribuir para a desbiologização da sexualidade e, minuciosamente, examinar as teorias caracterizantes da atração sexual pelo mesmo sexo vista como perversão.

Como pontua Gisele Câmara Groeninga (2006, p. 5), em 09 de abril de 1.935, respondendo a mãe de um filho homossexual através de uma carta, Sigmund Freud, em extrema propriedade, asseverou:

A homossexualidade não é evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem um aviltamento, nem se pode qualifica-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por uma parada do desenvolvimento sexual. Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. Muitos indivíduos profundamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos, foram homossexuais e, dentre eles, encontramos grandes nomes (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade.

Partindo do ponto de vista de Sigmund Freud, temos que, a sexualidade, decorre de uma “pulsão sexual”. De tal modo, à vista de ser algo simples, a sexualidade envolve fatos dessemelhantes (1996, p. 83):

O fato da existência de necessidades sexuais no homem e no animal expressa-se na biologia pelo pressuposto de uma “pulsão sexual”. Segue-se nisso a analogia com a pulsão de nutrição: a fome. Falta à linguagem vulgar [no caso da pulsão sexual] uma designação equivalente à palavra “fome”; a ciência vale-se, para isso, de “libido”.

No estágio da sexualidade, como sujeito sexual, o indivíduo está inerente à diferentes discursos pelas conjunções intersubjetivas, considerado um ser livre inclusive para lidar com os mais variados ensinamentos sobre o sexo que, na maioria das vezes, são incoerentes.

Entende-se que, o sujeito, no exercício de sua sexualidade, deveria ser o próprio condutor de suas preferências ao longo da trajetória sexual e, não exclusivamente, submisso ao impulso ou ao instinto.

A sexualidade, ainda que a natureza humana tenha por paradigma a procriação tão somente sexuada, transpassa indo além do elemento biológico. Ressalte-se o que diz Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 29):

Vivenciar nossa sexualidade é um movimento imperativo em nossas vidas, e isto tem profundas ressonâncias na construção das nossas identidades. Todavia, quando saímos de nossos cotidianos atomizados e olhamos para as hierarquias sociais proporcionadas pelas diferenças sexuais, percebemos que definir a sexualidade é uma atividade com implicações políticas altamente complexas.

Não se pode pensar que um único aspecto, seja psicológico, biológico, histórico ou social, constitua fator determinante à sexualidade de um sujeito. De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 88 apud Rodrigo da Silva, 2016, s.p.), a sexualidade constitui a própria condição humana, sendo assim:

Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada.

Tendo em vista o alarde referente à homossexualidade e suas temáticas, conforme a multiplicidade das identidades existentes nas relações humanas, analisa-se que, nos dias de hoje, a homossexualidade tem se tornado um fenômeno mais visível.

No entanto, a manifestação de afinidade por uma pessoa do mesmo sexo é inerente a um estágio de intensa confusão. A inquietude gera um período de sofrimento. Como enfatiza Daniel Helminiak (1998, p. 14), nessa passagem “um enorme potencial humano é suprimido e desperdiçado porque as pessoas passam anos a fio odiando a si próprias, pois foram ensinadas a ter medo de seus próprios sentimentos”.

O indivíduo atravessa inúmeros obstáculos até descobrir sua verdadeira identidade sexual. Continuamente não consegue aceitar para si e tampouco dar a conhecer aos outros. Além do mais, numa sociedade completamente regida por padrões e, portanto, cheia de preconceitos, essa pessoa será discriminada e se auto discriminará.

Como observa Roger Raupp Rio (2001, p.71),

[...] num ambiente onde a discriminação por orientação sexual é disseminada, urge pesquisar qual a resposta do ordenamento jurídico diante desta realidade, através do exame de suas proibições e diferenciações.

Com efeito, a sexualidade, sendo considerado um conjunto de revelações emocionais e afetivas, conscientes ou não, demanda considerações acerca dos mais variados nuances de gênero e orientação sexual, na fiel busca pela harmonia e satisfação dos desejos em todos os campos.

De um modo geral, com as diversas mudanças políticas e econômicas, a figura do homossexual se beneficiou haja vista que toda opressão sofrida passou a ser tema em debates públicos, tornando visível essa prática sexual que, na história da humanidade sempre existiu, mas era sistematicamente escondida. Desse modo, por alcançar essa importante visibilidade, a homossexualidade passou a ocupar novos âmbitos sociais.

### **2.3 Orientação sexual**

Considerando o direito à livre orientação sexual, bem como à livre identidade de gênero, analisado conforme os Direitos Humanos, é sabido que, a partir de sua formulação, intrínsecos à qualidade de ser humano, não são estabelecidos sob o enfoque do direito positivo, mas, sim, pela subjetivação do indivíduo com personalidade própria. Desse modo, compreende-se os direitos sexuais como espécie de Direitos Humanos.

Sendo essenciais para efetivação da dignidade da pessoa humana, a orientação sexual, assim como a identidade de gênero, não devem ser instrumento de discriminação.

Sobrevindo uma imposição heteronormativa, ou seja, exigência daquilo que o ser humano deve ser, uma imposição patriarcal, retira-se toda a autenticidade e naturalidade que o indivíduo poderia ter em relação à sua sexualidade.

O sociólogo Richard Miskolci (2009, p. 156), esclarece que:

A heteronormatividade é um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto. (...) é uma denominação contemporânea para o dispositivo histórico da sexualidade que evidencia seu objetivo: formar todos para serem heterossexuais ou organizarem suas vidas a partir do modelo supostamente coerente, superior e “natural” da heterossexualidade.

Assim, a imposição da heterossexualidade determina como “natural” o que não é, fazendo com que a sexualidade seja cercada de amarras heteronormativas e principalmente patriarcais, impedindo que cada indivíduo viva a sua sexualidade livremente, em contrapartida, assumindo papéis de gênero que lhe são impostos.

Importa frisar que, anteriormente ao século XIX, a homossexualidade (antes da severidade dos regulamentos morais), não era concebida tal como atualmente. Conforme Daniel Kerry dos Santos (2013, p. 07):

[...] a própria ideia de “homossexualidade” e de um “indivíduo homossexual” são invenções do século XIX. Nesse sentido, portanto, só podemos pensar em práticas homofóbicas, tais como as concebemos atualmente, a partir do discurso da sexualidade humana em sua versão ‘normal’ (heterossexualidade) e seu correlato “anormal” (homossexualidade).

Orientação sexual é inerente ao sentido do desejo sexual, sendo direcionada a pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo e, até mesmo, para ambos os sexos. Partindo da ideia de que o desejo não é previamente estabelecido, é inadequado pensar na sexualidade como sendo algo definitivo, mesmo havendo uma influente construção heteronormativa que tenha tentado defini-la.

A concepção de orientação sexual, de modo geral, remete ao sexo ou ao gênero que estabelece a razão do desejo de uma pessoa, não implicando a consciência ou intenção e, não necessariamente, à condição da pessoa. Transformando-se em uma questão social, a homossexualidade deu visibilidade às identidades sexuais que se contrapunham à heterossexualidade.

Ressalte-se que a orientação sexual se contrapõe à ideia de escolha pela experiência social ser envolta de ampla complexidade. Assim, não é certo falarmos em “opção sexual”, uma vez que a extensão do desejo não se trata de uma escolha racional. Por certo, tratando-se de um dos pilares do nosso ordenamento

jurídico, um dos propósitos conferidos pela Constituição Federal é o respeito à dignidade humana compondo uma sociedade justa, liberta e humanitária, constituindo e sustentando o reconhecimento, conforme Luiz Edson Fachin (1999, p. 95) “a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”.

A homossexualidade, para a corrente da psicologia não se trata de mera “opção”, mas, de uma das possíveis orientações afetivas humana. Deveras, nas inúmeras tentativas de esclarecimento e visualização desta expressão corpórea, denotou uma clara manifestação dos sentimentos e desejos, por essa razão a livre orientação sexual é constitucionalmente tutelada.

De acordo com Roger Raupp Rios (2011, p.72):

[...] a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

No contexto histórico-cultural vigente, há a padronização do que seria considerada uma sexualidade saudável e ideal, assim, cada indivíduo teria sua identidade de gênero condizente ao sexo biológico, sempre obedecendo ao vínculo matrimonial monogâmico. Nesse seguimento, se constrói o comportamento de cada pessoa a partir da associação à atividade sexual conferida ao gênero masculino e, à passividade sexual, atribuída ao gênero feminino.

A relevância da teoria psicanalítica, defendida por Sigmund Freud, que ampliou a interpretação da sexualidade progressivamente, encaminhou os estudiosos, na seara essencial do desejo, ao vislumbrarem o conjunto dos fenômenos no âmbito sexual e afetivo. Desta forma, constituíram as identidades sexuais nos discursos médicos, apresentando a sexualidade como um fato natural da estrutura afetiva e, no campo do direito, tutelando a livre orientação sexual de cada indivíduo.

Sendo determinante à capacidade interna de atração e vinculação afetiva, a orientação sexual é percebida, nas palavras de Ronaldo Pamplona da Costa (1994, p. 97) “em torno dos 4 ou 5 anos de idade”. Ressalta ainda Sigmund Freud (1996, p. 204) que determinados fenômenos são aparentes na infância e:

[...] fazem parte de um curso ordenado de desenvolvimento, que atravessam um processo regular de aumento, chegando a um clímax, por volta do final do quinto ano de idade, após o qual, segue-se uma acalmia.

Percebe-se, ao longo do tempo, a grande preocupação em identificar cientificamente as causas do direcionamento desejante dos seres humanos, pois, em verdade, o desejo homossexual ainda é culturalmente estigmatizado, por afastar-se, segundo Enézio de Deus Silva Junior, (2001, p. 109), “dos padrões comportamentais estabelecidos pela sociedade – de acordo com os seus ‘critérios’ de normalidade”.

A fim de se obter uma melhor compreensão do gênero, ampliaram-se as concepções acerca da orientação sexual, acompanhada por ideias que protestam o sistema tradicional e expõem a crise de uma política que se constrói a partir da identidade homossexual dando espaço para ideias que emergem a partir da recente literatura *queer*.

Segundo Richard Miskolci (2009, p. 151):

[...] o estranhamento *queer* com relação à teoria social derivava do fato de que, ao menos até a década de 1990, as ciências sociais tratavam a ordem social como sinônimo de heterossexualidade. A escolha do termo *queer* para se autodenominar, ou seja, um xingamento que denotava anormalidade, perversão e desvio, servia para destacar o compromisso em desenvolver uma analítica da normalização que, naquele momento, era focada na sexualidade.

Em face da hegemonia da heterossexualidade, a *Teoria Queer* transcende as categorias sexuais, promovendo a superação do binômio identidade sexual/desejo. O termo não indica outra categoria sexual, mas, serve para direcionar um processo de libertação das estruturas de identidades sexuais. Assim, se designar *queer* pressupõe um caráter provisório para todas as categorias sexuais, tidas como mutáveis e fluidas.

Roger Raupp Rios (2001, p. 60), preconiza que o termo *queer*, naquele tempo visto como pejorativo:

[...] designa no mundo acadêmico anglo-saxão um campo de conhecimento onde aportam inúmeros estudos relativos às questões de gays e lésbicas, formado pela conjunção não-sistematizada de diversas perspectivas.

Ao recusar o determinismo biológico na diferenciação entre os sexos, a noção de gênero passou a ser compreendida além dos papéis socioculturais identificadores do masculino e feminino que, por muitos anos, fora imposto numa dialética extremamente rígida. Neste campo teórico, a filósofa Judith Butler (2003, p. 45) reafirma o caráter discursivo da sexualidade e, ao mesmo tempo, produz novas concepções quanto às identidades sexuais, argumentando que:

O gênero só pode denotar uma unidade de experiência, de sexo, gênero e desejo, quando se entende que o sexo, em algum sentido, exige um gênero – sendo o gênero uma designação psíquica e/ou cultural do eu – e um desejo – sendo o desejo heterossexual e, portanto, diferenciando-se mediante uma relação de oposição ao outro gênero que ele deseja. A coerência ou a unidade interna de qualquer dos gêneros, homem ou mulher, exigem assim uma heterossexualidade estável e oposicional. Essa heterossexualidade institucional exige e produz, a um só tempo, a univocidade de cada um dos termos marcados pelo gênero que constituem o limite das possibilidades de gênero no interior do sistema de gênero binário oposicional.

Ainda, levando em consideração os ensinamentos do sociólogo Richard Miskolci (2009, p. 169):

Na perspectiva *queer*, o sistema moderno da sexualidade passou a ser encarado como um conjunto de saberes e práticas que estrutura toda a vida institucional e cultural de nosso tempo. (...) o *queer* revela um olhar mais afiado para os processos sociais normalizadores que criam classificações, que, por sua vez, geram a ilusão de sujeitos estáveis, identidades sociais e comportamentos coerentes e regulares.

Dentro da ótica rígida que separa os indivíduos como homem e mulher, impondo o nexos sedimentado culturalmente como “natural”, a importância da linguagem não apenas nomeia corpos e sexos, mas constrói, produz, faz corpos e sujeitos.

### **2.3.1 Gays**

A expressão “gay” confere visibilidade e legitimidade tanto aos homossexuais masculinos como femininos, distinguindo-o da bissexualidade, transexualidade e do travestismo.

Interpretada das mais diversas formas, muitos tentam explicar a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, tentando justificar esse comportamento ou ainda revertê-lo.

Sobre o assunto, Maria Berenice Dias (2009, p. 45) diz que:

Ao longo do tempo, volta e meia surgem técnicas diversas e diferentes métodos oferecendo tratamento aos chamados “desvios da sexualidade”. No que diz com a normalidade ou a patologia dos distúrbios de gênero, o tema vem sendo discutido na área da Medicina, em particular no campo da genética. Também desperta o interesse da Psicologia, da Psiquiatria e da Psicanálise.

Neste sentido, uma definição, ainda que originalmente científica, estará impregnada dos valores morais e culturais, determinando, assim, um grau de preconceito e discriminação, pois é impossível garantir uma completa abstenção.

Ademais, consideráveis mudanças sociais promoveram o surgimento de uma sociedade mais tolerante e, com o declínio do elo entre o Estado e a Igreja, cessou a subordinação a uma estrita obediência às normas ditadas pela religião. À medida que a influência da igreja decaía, o sentimento de culpa diminuía, do mesmo modo que o prazer sexual deixava de ser visto como criminoso.

No Brasil, na tentativa de uma interpretação mais coerente, partindo do ponto de vista científico, foram enquadrados os seguintes vocábulos no que tange a homossexualidade: *homoerotismo*, posto pelo psicanalista Jurandir Freire Costa (1992, p. 24), que visa “revalorizar, dar outro peso moral às experiências afetivo-sexuais que, hoje, são pejorativamente etiquetadas de homossexuais”. A segunda expressão que compreende a *homoafetividade*, trazida pela jurista Maria Berenice Dias, evidencia o vínculo entre as pessoas homossexuais que, apesar do preconceito sofrido, encontram no afeto a razão para se impor na sociedade.

Vale lembrar que a expressão gay, atualmente é mais voltada para caracterizar os homens homossexuais, ou seja, homens que se sentem atraídos afetivamente/sexualmente por outros homens.

Isto porque, apesar de algumas pessoas utilizarem o termo gay (em sentido amplo) para designar tanto os homens quanto as mulheres homossexuais, na expressão “LGBTI” já temos o “L” representando as lésbicas de modo que o “G” representaria os homens homossexuais, os gays.

### 2.3.2 Lésbicas

Considerada um dos modelos que ensejou esse comportamento humano, a poetisa Safo, que viveu na Ilha de Lesbos, era conhecida pelo seu talento lírico cuja inspiração advinha do amor propagado entre as mulheres. Assim, tomando por base a assimilação geográfica, deu-se origem, então, a denominação “lésbica”.

O lesbianismo é caracterizado pelo relacionamento amoroso composto por duas mulheres, diferenciando do amplo significado de homossexualidade. Com isso, por definição, lesbianismo faz referência às mulheres homossexuais.

Ao longo da história, a sexualidade feminina, em grande parte, foi construída por homens que limitaram o reconhecimento da prática do lesbianismo, tendo em vista a não necessidade de uma figura masculina nesse tipo de relacionamento.

Importa atentar para a perspectiva da figura masculina predominante na caracterização dos atos homossexuais. Os desejos sexuais femininos, de acordo com Roger Raupp Rios (2001, p. 36):

[...] mereceram menor atenção e mais difusa repressão, na medida em que às mulheres era reservado um papel secundário na sociedade, desde o início do cristianismo até a metade do século XX.

Na Grécia antiga, conforme Tania Navarro-Swain (2000, p.18), em relação às mulheres atenienses:

Nada indica que no interior das casas onde eram confinadas não mantivessem entre si relações amorosas, sexuais, afetivas; não para compensar a ausência ou o interesse limitado dos maridos, mas por desejos e pulsões talvez ambivalentes, talvez exclusivos. Nada se diz sobre essas mulheres, como se aceitassem passivamente todas as imposições, como se não tivessem impulsos e paixões, como se não sentissem amor e ódio, como se estivessem também excluídas dos sentimentos humanos pelo simples fato de serem mulheres.

Ao longo do tempo, sempre foi maior a rejeição à homossexualidade masculina, a julgar pela perda do sêmen. O relacionamento sexual entre as

mulheres era apontado como mera lascívia, vista como uma relação menos perigosa.

Apesar disso, as mulheres, desde o advento do cristianismo, deviam manter-se virgens até seu casamento, como prova de sua pureza e honestidade, posto que o sexo fosse intimamente ligado à transgressão e impureza, sendo exclusivo para fins de reprodução. Por essa razão, naquela época, a prática sexual feminina sempre era proibida.

### **2.3.3 Bissexuais**

Sendo considerada uma figura importante na pesquisa referente a sexualidade norte-americana, o biólogo Alfred Kinsey teve um papel fundamental nos anos 40 e 50. Seus estudos revelaram que, na época, havia uma grande porcentagem de indivíduos cujo prazer sexual era obtido em relações com pessoas do mesmo sexo.

Diante da variedade de comportamentos sexuais dos seres humanos, Kinsey aponta a bissexualidade como a forma mais natural e provável de homens e mulheres se relacionar sexualmente.

Conforme Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003, p.21):

Primeiramente, vale dizer que a bissexualidade é um comportamento em que o indivíduo, perfeitamente identificado com seu sexo e sua aparência, sente atração ou desejo de manter intimidade com pessoas de seu próprio sexo, bem como com pessoas de sexo oposto.

Importa salientar que a bissexualidade pode se manifestar de forma circunstancial e esporádica ou ainda pode possuir um caráter constante. Quando, nesse último caso, pessoas relacionam-se com outras do mesmo sexo e com outras do sexo oposto de uma maneira frequente, alternando, assim, seu desejo sexual.

Com isso, a bissexualidade não é atributo de pessoas com aparência andrógina, ou seja, que possui características e comportamentos de ambos os sexos, tornando difícil definir a que gênero pertence. Na maioria das vezes, a bissexualidade se faz presente em pessoas com comportamento e aparência indistintas dos demais.

Em suma, não é novidade de nosso século quanto à existência da bissexualidade, ao contrário, a literatura e a história estão repletas de relatos e citações, constituindo, assim, um importante elemento do comportamento social contemporâneo.

#### **2.3.4 Transexuais**

A identificação do sujeito como pertencente a determinado sexo é feita no momento do nascimento e, tomando por base o aspecto da genitália externa, a criança é designada menino ou menina. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 231), a determinação da identidade sexual “[...] dá-se por meio do critério morfológico, e o papel de gênero apresenta-se como expressão pública dessa identidade”.

No entanto, o reconhecimento da sexualidade não decorre, exclusivamente, das características físicas exteriores. A problemática que envolve a identidade sexual é muito mais amplo indo além do sexo morfológico, já que este é identificado pela existência de todos os atributos sexuais anatomicamente normais e funcionais.

Como bem preceitua Maria Berenice Dias (2009, p. 232), a sexualidade humana, segundo a psicologia, é uma conjunção de diversos elementos, sendo “[...] o sexo biológico (o sexo que se tem), as pessoas por quem se sente desejo (orientação sexual), a identidade sexual (quem se acha o que é) e o comportamento ou papel sexual”.

Dessa forma, a mera utilização do critério de visualização fisiológica despreza a existência das características secundárias e terciárias da sexualidade humana, impossibilitando o reconhecimento de eventuais ambiguidades sexuais.

A transexualidade apresenta uma ruptura entre o corpo e a mente, havendo uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica. O indivíduo, apesar de ser anatomicamente de um sexo, acredita, firmemente, que pertence ao outro.

Na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), a transexualidade ainda é tratada como uma doença, sendo denominada de

transexualismo (F640). Como assevera Maria Berenice Dias (2009, p. 232), representando:

Um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de submeter-se a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Com isso e levando em consideração que a identidade do indivíduo corresponde à inserção no contexto social, eventual discordância entre o sexo anatômico e o psicológico acarreta problemas de diversas ordens. Assim, de acordo com Márcia Maria Menin (2005, p.21):

As tentativas de psicoterapia aplicadas em transexuais são ineficazes, uma vez que ele não deseja adaptar seu sexo psíquico ao seu sexo biológico, mas ao contrário. Também não darão certo as terapias que objetivarem trazer equilíbrio emocional pela aceitação de sua condição pessoal.

Sendo assim, a transexualidade é caracterizada pela rejeição do sexo original, trazendo, conseqüentemente, um estado de insatisfação. O transgênero busca de todas as formas, um meio de adequar seu sexo biológico ao sexo psicológico. Seja por meio de tratamentos hormonais ou através da cirurgia de transgenitalização, vulgarmente conhecida como cirurgia para “mudança de sexo”.

Com a evolução no campo médico, a técnica cirúrgica tornou possível a transformação morfológica externa, resultando na identificação da aparência com o gênero almejado. Não é um processo passageiro, mas o inconformismo e o intenso desejo de adequar a externalidade à sua alma é tamanha que, segundo Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 28), “[...] o indivíduo transexual torna-se obcecado por alterar seu corpo a fim de ajustar-se ao sexo que acredita ser verdadeiro, ou seja, o sexo psicológico”.

Em contrapartida, indaga-se se a cirurgia possui a efetiva capacidade de mudar o sexo de alguém, quer dizer, se realmente transforma o homem em mulher ou a mulher em homem.

Todavia, ainda que altere a morfologia dos órgãos genitais, a cirurgia não detém a capacidade de alteração do código genético do indivíduo. Desta

maneira, ainda que submetido à cirurgia de transgenitalização, o indivíduo permanece com as mesmas características cromossômicas.

Nesse contexto, importante salientar a dessemelhança que existe entre o transgênero e o travesti. A identidade sexual do travesti é inerente ao seu sexo biológico e, como esclarece Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 28):

Não se podem confundir transexuais com homossexuais, ou mesmo com travestis, pois estes últimos relacionam-se a um fetichismo ligado à vestimenta, gesto e modos do sexo oposto, mas não há nenhuma divergência com relação aos órgãos genitais de nascença.

Ao tratar do assunto, Antônio Chaves (1994, p. 140) explica que “[...] o transexual autêntico, diferindo do travesti e do transitório, não se reconhece como homossexual e que, por isso, encara sua genitália de maneira irrelevante ou adversativa, tanto no ponto de vista anatômico, como funcional”.

De modo geral, a transexualidade, face às implicações resultantes de sua condição, merece total atenção, tanto médica, psicológica ou jurídica.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 71-74), em 2006, na Universidade Gadjah Mada, uma reunião formada por especialistas em legislação internacional, estabeleceu os Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Visando assegurar a não violação dos direitos humanos com base nas questões de orientação sexual e identidade de gênero, foi desenvolvido um projeto com o objetivo de criar um conjunto de princípios jurídicos internacionais a serem cumpridos por todos os Estados.

Os Princípios de Yogyakarta compreendem a identidade de gênero como sendo uma experiência interna e individual de cada indivíduo, correspondendo ou não ao sexo designado ao nascer, incluindo o senso pessoal do corpo (envolvendo a transformação do aspecto físico, bem como a função corporal por intermédio de procedimento cirúrgicos) e demais expressões de gênero.

## 2.4 Identidade de gênero

Discorrer sobre gênero não se restringe ao fator biológico, não só pelas inúmeras individualidades que cada indivíduo possui, mas, também, pelo contexto social e histórico em que permanecem inseridos. Conforme Richard Miskolci (2009, p. 166):

Sigmund Freud criou a Psicanálise com uma proposta de compreensão universalizante da sexualidade baseada na mobilidade multiforme do desejo sexual e na bissexualidade como potencial em qualquer pessoa.

Partindo da existência do inconsciente, ideia defendida por Sigmund Freud, a sexualidade recebeu relevante dimensão científica desde o final do século XIX, quando, de acordo com Roger Raupp Rios (2001, p. 40), “as pesquisas médicas finalmente se desinteressam pela valoração moral das condutas e se centram no sexo enquanto objeto de estudo”. Dessa maneira, a prática que era vista como imoral passou a ser tratada como patologia.

A importância da teoria psicanalítica conduziu os estudiosos, progressivamente, a vislumbrarem o avanço dos fenômenos, tanto na ordem sexual como na afetiva. Desse modo, de acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 104):

Compreendem-se os avanços no direito, no sentido de tutelar a livre orientação sexual das pessoas, e no campo da psicologia, em apresentar a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade como naturais nuances da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes – não se trata, pois, nem de determinismo, nem de livre opção.

A compreensão, assim como a vivência da sexualidade é deturpada, em verdade, pelo preconceito manifesto desde os primórdios da humanidade. Nas sábias palavras de Juvenal Arduini (2002, p. 123), “não é o sexo que degrada o ser humano. É a malícia humana que perverte o sexo. Em sua natureza íntima, a sexualidade é ética e estética. Não é suja, nem feia. É limpa e bela”.

Levando-se em consideração os modelos prontos e o que é dito no campo da sexualidade, gênero ou afetividade, o indivíduo que não se “enquadra”, sofre, desde a infância, diferentes tipos de violências, seja física ou psíquica, dificultando sua socialização.

Sendo considerada uma construção histórica, a identidade de gênero é dissemelhante ao sexo. Em conformidade com Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 48):

O conceito de gênero merece uma atenção especial, já que foi através dele que a política das posições sexuais contemporâneas ganhou força teórica, através da crítica ao patriarcalismo e de seus valores heteronormativos.

A concepção de gênero transpassa aqueles conceitos pré-estabelecidos de uma sociedade patriarcal, onde, a essência estaria restrita ao conjunto de preceitos pelo simples fato de o indivíduo pertencer ao sexo masculino ou feminino.

A começar na infância, somos instruídos por comportamentos que a sociedade patriarcal estabeleceu há muito tempo, sendo uma forma de controle social. Apontada como patriarcal, se enraizou e ratificou o vínculo da figura masculina com o poder. Assim, o homem é, indiscutivelmente, encarado como viril; ao passo que a mulher é um modelo de fragilidade, propícia ao setor doméstico.

Nesta direção, parte-se das diversas maneiras em que uma sociedade constitui o gênero, utilizando-o para estruturar as relações sociais. Resultando, nitidamente, na divisão entre o sexo masculino e feminino, acabando por definir o papel de cada um na sociedade.

Desde o século XVIII, a identidade de gênero foi marcada pelas ciências, genuinamente, levando-se em consideração o aspecto biológico. Ao sofrer questionamentos, foi evidenciado que as identidades e diferenças estariam associadas ao contexto social. Como pontua Judith Butler (2009, p. 24):

[...] o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto ao sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo.

A sexualidade transcende a natureza biológica, compreende uma inquestionável pluralidade, englobando a política e social (linguagens, símbolos, fantasias). Portanto, cada um participa ativamente na construção de sua própria identidade.

Considerado um período histórico, o século XX foi influenciado por diversas regras culturais e, conseqüentemente, implicações introduzidas pela sociedade patriarcal no que tange a questão de gênero, revelando um corpo construído socialmente. A respeito, Judith Butler (2009, p. 200) assenta que:

O gênero não deve ser construído como uma identidade estável ou um *locus* de ação do qual decorrem vários atos; em vez disso, o gênero é uma identidade tenuemente constituída no tempo, instituído num espaço externo por meio de uma repetição *estilizada de atos*.

No decorrer da história houve a explanação religiosa enaltecendo a heterossexualidade, coordenando desejos e valores conferidos à união do matrimônio. Regulando o papel social dos gêneros, por muito tempo, a religião era o instrumento essencial que reforçou toda uma sociedade patriarcal.

Nossa cultura reconhece, sexualmente, cada indivíduo, baseada na identidade gênero, distinguindo o homem e a mulher através do aspecto anatômico, além de julgar quem deve considerar-se masculino ou feminino.

O gênero é considerado uma categoria de perspectiva social e, tal como a sexualidade, é amoldada em concordância à crença cultural. Desse modo, mediante os atributos conferidos a cada um, foi construída a concepção subjetiva do que vem a ser masculino e feminino, considerando os costumes e comportamentos padronizados a partir do gênero.

A sexualidade constitui, historicamente, uma formação específica do poder, dos corpos e discursos, tanto quanto do aspecto afetivo. Para Michel Foucault (2011, p. 168):

[...] a noção de “sexo” tornou possível agrupar, numa unidade artificial, elementos anatômicos, funções biológicas, condutas, sensações e prazeres, e isso possibilitou o uso dessa unidade fictícia como um princípio causal, um significado onipresente: o sexo tornou-se assim capaz de funcionar como significante único e significado universal.

As identidades sexuais, na sociedade contemporânea, constituem instrumentos para reivindicar e legitimar direitos e principalmente, o respeito. A singularidade de cada indivíduo é histórica e, especificamente, cultural. Assim sendo, as identidades sexuais resultam da metodologia histórica que introduziu acepções ao modo de vivenciar a sexualidade.

Em vista disso, pode-se dizer que identidade de gênero representa a maneira como o sujeito se identifica com o seu gênero. Trata-se de como a pessoa se reconhece, se sente, se percebe (seja mulher, homem, ambos ou nenhum dos gêneros), bem como a forma que esta deseja ser conhecida pelas outras pessoas.

Apenas com o intuito de entender melhor a expressão e jamais rotular um assunto tão complexo como este, existem três principais tipos de identidade de gênero, quais sejam: cisgênero, transgênero e não-binário ou intersexual.

Uma pessoa cisgênero é aquela que se identifica com o seu sexo biológico (atribuído por ocasião de seu nascimento), por exemplo, uma mulher (biologicamente) que se identifica psicologicamente com o sexo feminino. Enquanto um indivíduo transgênero é aquele que embora biologicamente pertença a um gênero (masculino ou feminino) psicologicamente se reconhece como pertencente ao sexo oposto.

Para Jaqueline Gomes de Jesus, as pessoas transexuais (2012, p. 15):

Geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que têm de si. Isso pode se dar de várias formas, desde uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos.

Para a pessoa transexual, é imprescindível viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero, entre outros aspectos.

Interessa trazer algumas considerações a respeito dos “não-binários” ou intersexuais, que descreve a combinação entre feminino e masculino, ou a absoluta indiferença entre ambos. Os sujeitos intersexuais superam os papéis sociais que são conferidos aos gêneros, dando origem a uma terceira identidade que escapa do padrão “homem-mulher”.

Ensina, ainda, Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 25) que:

[...] a intersexualidade se refere a um conjunto amplo de variações dos corpos tidos como masculinos e femininos, que engloba, conforme a denominação médica, hermafroditas verdadeiros e pseudo-hermafroditas.

Importa salientar ainda, que a identidade de gênero não deve, de maneira alguma, ser confundida com a orientação sexual. Isto porque a primeira remete à forma como os indivíduos se autodefinem (mulher, homem ou intersexual), enquanto a segunda remete à questão da atração afetivo-sexual por alguém de algum gênero (homossexualidade, bissexualidade e heterossexualidade).

Ante o exposto, temos que, a percepção da identidade de gênero deve se compreender no pluralismo, de modo a viabilizar a diversidade existente na vida das pessoas. Torna-se relevante considerar a cultura forçada que exige conexão entre o sexo biológico, a identidade e a orientação do desejo, assim, o homem teria de desejar a mulher e vice-versa. No entanto, inegavelmente, são elementos que não caminham na mesma direção, sobrevivendo constrangimentos sociais.

### 3 DIREITOS LGBTI: UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS

O cumprimento à máxima dignidade da pessoa humana impõe respeito à diversidade sexual. Assim, não mais se permite assentir a exclusão ou o preconceito em um Estado que se diz Democrático de Direito. Penalizar a invisibilidade é a forma mais célere de gerar injustiças, deixando o Estado de cumprir seu desígnio supremo: dirigir o indivíduo a buscar sua felicidade.

#### 3.1 Perspectiva Supralegal: Tratados e Convenções Internacionais

Os Direitos Humanos consistem valores fundamentais, retratados de forma implícita ou explícita nas Constituições ou tratados internacionais. Em que pese a fundamentalidade, poderá ser *formal*, mediante a inscrição de determinados direitos nas Constituições ou tratados, como também *material*, aquele que, mesmo não expresso, integra os direitos humanos, sendo vital para promover a dignidade humana. Assim, para uma melhor compreensão, André de Carvalho Ramos (2016, p. 29) esclarece que os Direitos Humanos:

[...] consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Ainda conforme André de Carvalho Ramos (2016, p. 30):

Apesar das diferenças em relação ao conteúdo, os direitos humanos têm em comum quatro ideias-chave ou marcas distintivas: *universalidade*, *essencialidade*, *superioridade normativa (preferenciabilidade)* e *reciprocidade*. [...] esses quatro ideais tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na *igualdade e na ponderação dos interesses de todos* (e não somente de alguns).

Seguindo essa linha de pensamento, a *universalidade* combate a visão de privilégios para seres superiores, pois direitos humanos são direitos de todos. A *essencialidade* nos mostra que os direitos humanos são direitos que todos devem proteger, ou seja, valores indispensáveis. Além disso, os direitos humanos são *preferenciais*, sendo assim, *superiores*, prevalecendo diante de outras normas. Por sua vez, a *reciprocidade* que, segundo André de Carvalho Ramos (2016 p. 30) “é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana”.

Uma vez que os Direitos Humanos são considerados intrínsecos ao ser humano, a *universalidade* dos direitos essenciais não deriva do fato de ser cidadão ou nacional de um Estado, bastando para a sua aplicabilidade sua condição humana, devendo-se compreender as circunstâncias para o seu devido cumprimento. Nesse sentido, Lynn Hunt (2009, p. 19) aduz que:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser *naturais* (inerentes aos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-lo igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos.

Dessa forma, por conta da modificação das necessidades humanas e, a depender do contexto histórico, como novas demandas são inseridas na lista de Direitos Humanos, não há como predeterminar os direitos essenciais a uma vida digna.

Importa salientar que não somente a “simples” Declaração que concretiza os Direitos Humanos, pois conforme Lynn Hunt (2009, p. 216), “conhecemos o significado dos direitos humanos porque nos afligimos quando são violados”. Assim sendo, os Direitos Humanos são perceptíveis por si, bastando sua violação para que se evidenciem.

Contudo, com a finalidade de resguardar e efetivar determinados direitos, estes devem ser declarados pelos Estados soberanos através de documentos legislativos para a sua devida tutela.

Inicialmente, os Direitos Humanos, são retratados, por meio de três diplomas imprescindíveis: A Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776 (elaborado após a independência da Inglaterra); a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (consequência da Revolução Francesa) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada pela Organização das Nações Unidas em 1948, resultante da Segunda Guerra Mundial. Conforme André de Carvalho Ramos (2016, p. 44), determinadas Declarações “marcaram a primeira clara afirmação histórica dos direitos humanos”.

Tendo em vista a constante luta e o incessante desejo de espalhar os ideais revolucionários para além das fronteiras, a Revolução Francesa se distinguiu

das demais revoluções (mais devotas à sociedade local), consagrando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão nas palavras de André de Carvalho Ramos (2016, p. 46) “como sendo a *primeira com vocação universal*”.

Esse universalismo sinaliza um momento importante, já que consagra a afirmação dos direitos humanos no século XX em face da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desse modo, até meados do referido século, o Direito Internacional dispunha de normas esparsas pertinentes a certos direitos fundamentais, tais como o combate à escravidão no século XIX e a criação em 1919 da Organização Internacional do Trabalho, voltada à melhoria das condições dos trabalhadores.

Assim, como marco dessa nova etapa pós-Segunda Guerra Mundial, em 1945, na Conferência de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas. O tratado que constituiu foi denominado “Carta de São Francisco”, o qual inseriu a questão de direitos humanos na Carta da Organização das Nações Unidas em resposta à crueza nazista.

Entretanto, como a Carta de São Francisco deixou lacuna no tocante aos direitos encarados como essenciais, no dia 10 de dezembro de 1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou “Declaração de Paris”, contendo de forma evidente os direitos humanos admitidos internacionalmente e, segundo André de Carvalho Ramos (2016, p. 49):

Nos seus trinta artigos, são enumerados os chamados *direitos políticos e liberdades civis* (artigos I ao XXI), assim como *direitos econômicos, sociais e culturais* (artigos XXII-XXVII). Entre os direitos civis e políticos constam o direito à vida e à integridade física, o direito à igualdade, o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e a liberdade de reunião. [...] O artigo XXX determina que nenhuma disposição da Declaração pode ser interpretada para justificar ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades lá estabelecidos, o que demonstra que os direitos não são absolutos.

Sob a ótica internacional, posteriormente à Segunda Guerra Mundial vemos a estrutura inovadora do direito internacional dos direitos humanos. No mesmo diapasão, Flávia Piovesan (2006, p. 117) aduz que, “se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”.

É reconhecido o início da era dos Direitos Humanos, visto que, conforme

observa Norberto Bobbio (1992, p. 49), “somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”.

Como forma de aprofundar a redação dos direitos enunciados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 18 de julho de 1978, entrou em vigor internacional a Convenção Americana de Direitos Humanos ou “Pacto de San José da Costa Rica” (ratificada no Brasil em 1992). Em seu preâmbulo, trazendo similaridades aos seus antecessores, a Convenção, segundo André de Carvalho Ramos (2016, p. 262) reforça que:

[...] os direitos essenciais da pessoa humana derivam não da nacionalidade, mas sim da sua *condição humana*, o que justifica a proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados*. O ideal do ser humano livre do temor e da miséria só pode ser realizado se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar não só dos seus direitos civis e políticos, mas também dos seus direitos econômicos, sociais e culturais.

No contexto histórico brasileiro, desde a primeira Constituição em 1824, existiu a previsão de um rol de direitos a serem garantidos pelo Estado. O artigo 179 dizia que “a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” seria assegurada pela Constituição do Império, camuflando a verdadeira situação sofrida na época, já que havia escravidão e o direito ao voto era limitado.

A tradição de inclusão de direitos continuou na Constituição de 1891. Do mesmo modo, a Constituição de 1934 previu claramente direitos fundamentais e, reconheceu, assim como a anterior, o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, estabelecendo em seu artigo 114 que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

Não obstante, a Constituição de 1937 contou com a citação formal de um rol de direitos no artigo 122 (“Dos Direitos e Garantias Individuais”). Apesar disso, a parte final do artigo 123 deixava clara a superioridade do Estado em detrimento aos direitos humanos, estabelecendo que:

[...] O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela

constituído e organizado nesta Constituição.

Posteriormente, com a ditadura militar, a Constituição de 1967 também listou em seu artigo 150 o intitulado “Dos Direitos e Garantias Individuais”, com conseqüente ameaça aos inimigos do regime, possibilitando a suspensão dos direitos individuais e políticos, determinando que:

Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Como bem pontua André de Carvalho Ramos (2016, p. 388):

[...] a cláusula indeterminada do “abuso dos direitos individuais” pairava sobre os indivíduos, demonstrando a *razão de Estado* que imperava naquele momento de governo militar.

Finalmente, no que se refere aos direitos humanos, a Constituição de 1988 é considerada um marco na história constitucional brasileira. De início, trouxe o princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II) e, na mesma linha, estabeleceu o mais abrangente rol de direitos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais) e diversas garantias constitucionais.

Além de tudo, conta em seu artigo 5º, §2º, com o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais (previamente aludido pela Constituição de 1891), consagrando a internacionalização dos direitos humanos, visto que:

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

À vista disso, havendo incompatibilidade de normas nacionais e internacionais, Flávia Piovesan (2010, p. 64) sustenta que:

[...] na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor

proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.

Isto posto, até aquele momento era evidente a inexistência de questões ligadas à sexualidade nos principais documentos, mas, a partir de reformulações nas Ciências Sociais e Humanas, com o transcurso do tempo, pode-se identificar a sexualidade como um dos reflexos da dignidade humana, ao passo que as manifestações de gênero e as orientações sexuais devem ser vislumbradas como matéria de direitos humanos.

Nesse seguimento, sustenta Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 114) que:

[...] A atração (inclinação) afetiva para o sexo idêntico, por exemplo, não surge como escolha nem cessa por imposição ou vontade, assim como o desejo homossexual. Por isso, a livre manifestação da sexualidade (e, pois, da afetividade) está entre os direitos consagrados, internacionalmente, como fundamentais e inalienáveis dos seres humanos.

Sendo assim, o discurso dos direitos humanos tem sido usado para incitar a ação política em torno das questões de gênero e sexualidade. No entanto, embora os avanços significativos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, de acordo com Anibal Guimarães (2011, p. 92):

[...] se fortalecem os mecanismos que, no âmbito das Nações Unidas, reiteram junto aos Estados nacionais a sua obrigação de assegurar a efetiva proteção contra a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero, a resposta internacional às reiteradas violações a esses mesmos direitos – tal como é informado na introdução dos PY – tem sido “fragmentada e insciente”.

Nesse contexto, em 2006, especialistas em direitos humanos se reuniram na Indonésia, especificamente em Yogyakarta, a fim de elaborar Princípios acerca da aplicação do direito internacional dos direitos humanos tendo em consideração a identidade de gênero e orientação sexual.

O documento alcunhado “Princípios de Yogyakarta” aponta 29 princípios pertinentes à identidade de gênero e orientação sexual, aspectos fundamentais da dignidade dos indivíduos, assim como recomendações para os Estados, objetivando

elucidar as suas obrigações internacionais e assegurar a plena execução de cada um desses direitos.

Dentre eles, reforçando que todos os indivíduos têm o direito de gozar de todos os direitos, livres de qualquer intolerância, importa frisar os princípios 1, 2 e 3 que, com destreza explica Anibal Guimarães (2011, p. 93):

- 1) *Direito ao gozo universal dos direitos humanos*: todos os seres humanos nascem livres e iguais e, dignidade e direitos. Sem que importe suas orientações sexuais e identidades de gênero, todos têm direito a usufruírem integralmente dos direitos humanos;
- 2) *Direito à igualdade e à não discriminação*: a toda pessoa é assegurada a igualdade perante a lei, bem como à igual proteção, sem qualquer discriminação, seja por conta de seu gênero, raça, idade, religião, incapacidade física, saúde ou *status* econômico;
- 3) *Direito ao absoluto reconhecimento de sua identidade de gênero e orientação sexual perante a lei*: a autoatribuída orientação sexual e identidade de gênero é, para cada pessoa, parte integral de sua personalidade e se constitui em um dos aspectos mais importantes de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Ninguém será obrigado a se submeter a procedimentos médicos, inclusive à cirurgia de transgenitalização, esterilização ou hormonioterapia, como requerimento prévio para o reconhecimento jurídico-legal de sua identidade de gênero.

Já na parte final do documento, segundo André de Carvalho Ramos (2016, p. 255):

[...] recomenda-se que diversos órgãos internacionais assumam o papel de promoção e implementação dos Princípios de Yogyakarta, dentre eles o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, o Conselho de Direitos Humanos e o Conselho Econômico e Social da ONU, a Organização Mundial da Saúde, o UNAIDS, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, os diversos órgãos previstos nos Tratados de Direitos Humanos, as organizações internacionais, não governamentais, humanitárias, profissionais e comerciais e os tribunais de direitos humanos.

Em realidade, os Princípios de Yogyakarta encontram-se firmados no pressuposto de que os princípios gerais já existentes na legislação internacional de direitos humanos devem ser verdadeiramente aplicados, por já terem sido ratificados pelos Estados-membros.

Por essa razão, salienta Sônia Corrêa (2009, p. 12) que uma das finalidades dos Princípios de Yogyakarta é “tornar explícitas as obrigações dos Estados em termos de implementação de normas gerais por eles aceitas ou ratificadas”. Assim, para Anibal Guimarães (2011, p. 91) “É preciso apenas “lembrar”

aos Estados dos seus compromissos assumidos”.

Ainda, por não apresentar força coercitiva, os Princípios de Yogyakarta, de acordo com Sônia Corrêa (2009, p. 16) “permanecem abertos à deliberação democrática: podem e devem ser modificados, retraduzidos e reinterpretados desde que a orientação geral do texto não seja comprometida”.

No Brasil, temos o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD-LGBT), sendo considerado um órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH-PR).

A origem do CNCD-LGBT, conforme aduz André de Carvalho Ramos (2016, p. 462):

[...] remonta o combate à discriminação da população negra, dos povos indígenas e dos grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais previsto no Programa Nacional dos Direitos Humanos-1 de 1996.

No dia 9 de dezembro de 2010, por meio do Decreto 7.388, foi estabelecida nova competência à estrutura, gerando um novo perfil do CNCD, especializando-o na promoção dos direitos da população LGBTI e, como mencionado acima, passou a ser denominado “CNCD-LGBT”. Atendendo, assim, a demanda da comunidade LGBTI e, como enfatiza André de Carvalho Ramos (2016, p. 462) tem por finalidade:

[...] formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT. Cabe ainda ao Conselho propor estratégias de ação visando à avaliação e monitoramento das ações previstas no PNLGBT e acompanhar, analisar e apresentar sugestões e, relação à execução de programas e ações governamentais para a população LGBT e a aplicação de recursos públicos para eles autorizados.

Assim, a principal pretensão do CNCD-LGBT, além de objetivar o impacto dos órgãos em ações de direitos e garantias da comunidade LGBTI, tem sido estimular e acompanhar as políticas públicas.

Destarte, conforme adverte Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (2011, p. 164):

[...] a sexualidade integra a personalidade do indivíduo, razão pela qual se enquadra no rol dos direitos personalíssimos, resguardados pela cláusula de tutela geral da pessoa humana – art. 1º, III, da CF. [...] o que está em jogo é a questão das identidades, do sentimento de pertencimento, afinal é impossível ao indivíduo renunciar às características que compõe sua personalidade. [...] inadmissível, nestes termos, retrocessos que privem o cidadão de garantias personalíssimas.

Em síntese, na Constituição Federal, o princípio da solidariedade é identificado no artigo 3º, IV, estabelecendo a promoção do bem de todos. Se este é o objetivo da República, também o é de todos nós. Portanto, a ninguém é dado o direito de desrespeitar a identidade ou orientação sexual das pessoas. Ninguém tem o direito, nem pode ter o interesse de sustentar a discriminação.

### **3.2 Perspectiva Constitucional**

Na teoria vivemos num Estado Democrático de Direito, que se denomina laico e guiado por uma Constituição pautada na dignidade da pessoa humana. O fato é que, a Carta Magna e os princípios a ela albergados asseguram, de forma congruente, que determinados direitos sejam reconhecidos e respeitados.

O reconhecimento da diversidade sexual prestigia os princípios primordiais preservados pela Constituição Federal de 1.988, aproxima o direito da justiça e valoriza a dialética da legitimidade.

#### **3.2.1 Princípios e Direitos fundamentais instituídos pelo artigo 5º da Constituição Federal**

Considerada um documento construtivo do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, como bem observa José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 1085), “é um sistema normativo de regras e princípios”. Ressalta-se, portanto, que as regras e os princípios são espécies de normas jurídico-constitucionais. Assim, traçando a diferença, nos ensinam José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 188):

O conteúdo normativo estabelecido pelo princípio é tido como geral, vinculado por normas vagas, amplas e abertas, que comportam uma série indefinida de aplicações, enquanto as regras são dotadas de normatividade mais específica.

Nesse compasso, os princípios, exatamente por comportar uma série indefinida de aplicações, poderão e deverão se amoldar às diferentes

situações que se colocam no plano da vida, em vista da evolução e do desenvolvimento da sociedade, seja no âmbito jurídico, social, econômico ou cultural.

Nesse contexto, Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 83) assevera que os princípios constitucionais são:

[...] preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais conveniente) num determinado contexto histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis.

Os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção.

Por conta disso, os princípios, não necessariamente, estão estabelecidos de forma explícita, podendo derivar de normas específicas e, também, de decisões judiciais que tenham o condão de esclarecer como deve ser o direito. Como resultado, temos de forma implícita o princípio da razoabilidade, com a finalidade de, nas palavras de José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 188):

[...] limitar e orientar a conduta do legislador, do administrador e do julgador, determinando-lhes que, em nome do Estado, ajam sempre de forma impessoal, moderada, racional e justa, deixando de lado qualquer tipo de arbitrariedade.

Portanto, ferem a Constituição Federal, por afronta ao princípio da razoabilidade, qualquer tipo de lei, ato administrativo ou decisão judicial e até mesmo atos privativos que deixem de reconhecer ou estender direitos a uma pessoa, ou a um casal, única e exclusivamente em virtude de sua orientação sexual.

Fixadas tais premissas, considerando a solidariedade que une a todos enquanto seres humanos, prevalece sobre nós e, principalmente sobre o Estado, o dever de respeitar e tolerar as diferenças. Assevera Maria Berenice Dias (2004, p. 33):

A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza.

Assim sendo, fraqueja todo e qualquer julgamento no sentido de que, por valer-se de orientação sexual diversa daquela dita como natural, não poderia o indivíduo gozar de todos os direitos e garantias percebidos pela Constituição Federal, bem como em todo o ordenamento jurídico. À vista disso, nossa Constituição Federal traz o seguinte preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A Constituição Federal contempla em seu artigo 1º, inciso III, o devido respeito à dignidade da pessoa humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito. E mais, em seu artigo 3º, inciso IV, consagra, como objetivo principal da República Federativa do Brasil, a concessão de proteção a todos, sem qualquer distinção.

O filósofo Immanuel Kant (2005, p. 38) foi quem mais influenciou a análise e a compreensão acerca da dignidade da pessoa humana. Segundo Kant, “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”, sendo um valor intrínseco de cada indivíduo. Nessa conjuntura, a dignidade da pessoa humana está correlacionada à autonomia de sua vontade, instituindo o homem como um ser racional. É, portanto, a singularidade que faz com que cada pessoa seja respeitada em toda sua existência.

Por outro lado, defende Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 50-55) que a dignidade da pessoa humana não é algo inerente ao ser humano, em oposição, entende que é tanto um limite para a atuação do Estado, não podendo invadi-la, quanto um dever estatal, tendo de assegurar que todos tenham sua dignidade respeitada.

Por fim, explana Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 100) que:

[...] a pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar e, principalmente, pela sua capacidade de amar e

sua abertura potencial para o absoluto (é sua principal diferença) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor). [...] com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1 – respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2 – consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3 – respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

A dignidade da pessoa humana visa, precipuamente, garantir a todos o direito à felicidade, sendo irrelevante qualquer condição externa nessa circunstância, conforme Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2012, p. 122):

[...] na medida em que a realidade empírica demonstra que a própria existência humana destina-se a evitar o sofrimento e buscar aquilo que acreditamos que nos trará felicidade.

Menosprezar a existência das relações homoafetivas é distanciar o princípio exarado nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, segundo o qual traz o dever do Estado de oportunizar o bem de todos. Assim contempla José Carlos Teixeira Giorgis (2002, p. 89):

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades. De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

A Carta Magna celebrou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República, constituindo, assim, um direito essencial e estruturante, além de todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento Constitucional. Por este motivo, não há como desagregar um direito fundamental da premissa da dignidade da pessoa humana, sendo inaceitável qualquer violação ou restrição ao postulado.

A percepção de dignidade da pessoa humana está vinculada à pretensão de consideração e respeito que cabe a qualquer ser humano,

independente de seus atributos, cultura, credo, raça ou orientação. O ser humano é ser racional e, diante disso, tem dignidade. Além do mais, partindo da ideia de que o Estado existe em função do bem de todos, vem a calhar a sua obrigação de tutela jurídica à dignidade.

Ainda, da tutela jurídica da dignidade da pessoa humana advém, conseqüentemente, o direito à igualdade, liberdade, vida e à diferença. Nesse diapasão, convém destacar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 43):

[...] a proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um autoenquadramento no processo de interação social.

Compreendendo a homossexualidade como um fato da vida humana e, definitivamente existente no meio social, não se valendo de embasamento científico, tem de ser considerada e respeitada como uma orientação, proveniente de seu determinismo biológico e particular de cada personalidade. Complementa José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 182):

Portanto, todos estes seres humanos que hoje, mesmo tendo que enfrentar algum tipo de obstáculo, preconceito ou discriminação, assumem sua orientação sexual e se unem no sentido de constituir verdadeira família, nada mais fazem do que reconhecer, a si próprios, e bravamente, toda a extensão e sentido da dignidade da pessoa humana, absoluta, inexorável, inatacável.

No mais, tratando-se de sexualidade, esta engloba a própria órbita do ser humano, sendo um direito que segue o indivíduo desde a sua origem, que, por sua vez, abarca o direito à privacidade.

Além disso, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal assevera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garante, ainda, o direito à igualdade, à vida e à liberdade. E, por fim, em seu inciso X, estabelece inviolabilidade da intimidade e privacidade. Em outras palavras, a regra basilar é o respeito à dignidade humana, sendo um escopo ao Estado de Direito e, como diz Sérgio Resende de Barros (2003, p. 418), “a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana”.

No direito brasileiro, o princípio da igualdade, atrelado à dignidade da

pessoa humana, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição de direitos baseada, exclusivamente, na homossexualidade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais, fundamentados em preceitos ou pontos de vista particulares. Para Roger Raupp Rios (2002, p. 136 apud Thayná Cruz de Mesquita, 2014, s.p.), no que tange a homossexualidade:

[...] constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade.

Verifica-se de prontidão, implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao respeito. À vista disso, de acordo com Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2012, p. 138):

[...] a liberdade implica o direito de respeito à autonomia individual, para que cada um viva sua vida da forma que melhor lhe aprouver (desde que não prejudicados terceiros), donde é inerente à própria noção de liberdade o respeito à liberdade do outro – logo, o respeito ao próximo é inerente à própria noção de liberdade. Ou seja, é devido à sua intangível dignidade que o ser humano tem direito ao respeito, extraindo-se daí um subelemento fundamental à noção de dignidade: a igualdade.

Encontrando-se resguardado pelo princípio da igualdade, o direito à homoafetividade também se junta à liberdade de expressão, sendo uma garantia à liberdade individual, inserida no âmbito dos direitos da personalidade. Ademais, a proteção à inviolabilidade da vida privada e intimidade, para Luiz Edson Fachin (1999, p. 95) é “[...] a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”.

Neste seguimento, José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 183-184):

A autodeterminação da conduta, pressupondo decisão própria, só é possível na medida em que se assegure ao ser humano, como faceta de sua dignidade, o exercício pleno da liberdade.

[...]

Tamanha a sua amplitude, o direito de liberdade é multifacetado, pois várias são as situações da vida em que o ser humano, exercendo sua autonomia pessoal, poderá escolher o caminho que melhor lhe convier. Liberdade de expressão, liberdade de credo, liberdade de associação,

liberdade de desenvolvimento da própria personalidade e, naturalmente, liberdade de amar e se relacionar com quem quer seja, independente do sexo.

A Carta Magna se baseia em condutas de liberdade, no qual cada indivíduo tem a possibilidade de antepor com quem almeja partilhar a sua vida. E, como visto, baseia-se, também, na dignidade da pessoa humana que, como destaca Viviane Girardi (2005, p. 57):

[...] confere a todo ser humano a prerrogativa de autodeterminar-se como pessoa e como sujeito de sua própria existência, é que faz sentido para o direito o reconhecimento e a promoção do respeito à orientação sexual como direito personalíssimo.

A liberdade, como preceito constitucional, verifica-se na tutela do Estado a qualquer identidade de gênero e orientação sexual, prevalecendo o direito à felicidade. Por isso, não cabe razões para auferir qualquer diferenciação, já que a sexualidade é devidamente formada pela identidade individual de cada um. Neste sentido, Viviane Girardi (2005, p. 64), diz:

A noção jurídica de personalidade deve reconhecer a existência de direitos subjetivos inatos às pessoas. E, sendo assim, o sistema jurídico tem a função de tutelar tais direitos subjetivos cumprindo a máxima constitucional da promoção da pessoa. Portanto, para os homossexuais um direito personalíssimo que visa a promover a ampla realização de tais direitos inatos, é a consagração jurídica do direito ao exercício livre da sexualidade. Direito este, que não significa simplesmente a exteriorização pública da natureza sexual dos homossexuais, mas sim o direito a não ser preterido, discriminado, distinguido dos demais cidadãos por conta da opção sexual exercida.

Diante do exposto, depreende-se que qualquer discriminação ou preconceito alicerçado na homossexualidade – e demais manifestações de gênero, caracteriza transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana e, simultaneamente, inobservância a todos os outros preceitos prescritos na Constituição Federal, visto que todos são iguais perante a lei. Em razão disso, a livre manifestação da sexualidade é consagrada como direito fundamental e inalienável do ser humano.

### 3.2.2 A (in)constitucionalidade do artigo 226, §3º da Constituição Federal e as uniões homoafetivas como entidade familiar

Caminhando paralelamente à Igreja, o Estado sempre buscou restringir a prática sexual ao casamento, regulando não só o matrimônio, mas, também, a conduta dos cônjuges, impondo, assim, direitos e deveres.

Inicialmente, com a Constituição Federal de 1.967, dado o seu artigo 175, §1º, o casamento era considerado indissolúvel. Logo, a lei consagrava a família como um modelo conservador, claramente patriarcal e formado por homem e mulher. No referido tempo, segundo Maria Berenice Dias (s.d., p. 05) “os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirirem visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções”.

Sobrevindo a Constituição Federal de 1.988, o seu artigo 226, *caput*, §§ 3º e 4º, assegurou a devida tutela à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar. Assim, a Lei Maior, sem embargo da celebração do casamento, inseriu à entidade familiar outros vínculos afetivos. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]  
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento  
§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Na interpretação de Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 44 apud Thayná Cruz de Mesquita, 2014, s.p.):

No *caput* do art. 226 da Constituição Federal operou a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições anteriores.

Neste momento, foram consagradas novas formas de convívio, produzindo uma intensa revolução nas estruturas sociais e, por não ser mais tratada no âmbito do Direito das Obrigações, a união estável agora considerada entidade familiar, adverte Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 101), será orientada à luz do Direito de Família:

Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do Direito de Família e não do Direito das obrigações, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares.

Verifica-se, desse modo, que a Constituição Federal de 1.988 inseriu no ordenamento a pluralidade das entidades familiares, que antes era restrita ao casamento, albergando tanto a união estável, como o vínculo de um dos pais com os filhos, hoje conhecida como família monoparental. Para Ana Carla Harmatiuk Matos (2011, p. 137):

[...] o princípio da pluralidade familiar alicerça-se como um dos pilares na construção do novo direito de família.  
O texto Constitucional de 1988 tratou de dedicar atenção a algumas entidades familiares, não se restringindo a um modelo unifamiliar voltado exclusivamente para o matrimônio, como o fez nossa primeira Codificação Civil.

Seguindo os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2009, p. 128):

[...] para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – chamada pela feia expressão “débito conjugal” – e nem capacidade reprodutiva. A evolução científica, principalmente na área da biociência, acabou influenciando no próprio comportamento das pessoas e refletiu na estrutura familiar. [...] todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado.

No que tange a omissão do legislador constituinte com relação à união entre pessoas do mesmo sexo, não significa que não seja entidade familiar e, conseqüentemente, não quer dizer que não mereça proteção do Estado. A carência de expressa informação neste sentido, nada proíbe. Como declara Lênio Luiz Streck (2002, p. 181):

Os que defendem a impossibilidade de atribuição de caráter familiar às uniões homoafetivas incorrem, na verdade, no equívoco de olhar o novo com os olhos do velho.

A quietude da Constituição Federal a respeito das uniões homoafetivas, não consente declarar que a sociedade é formada apenas pela

família heterossexual. O silêncio não significa a exclusão do conceito de entidade familiar. É o que sustenta Roger Raupp Rios (2001, p. 110):

Superados os antigos preconceitos acerca da impossibilidade de realização pessoal e da conquista da maturidade humana no seio de convivências homoafetivas, não há razão suficiente para a exclusão destas comunidades do âmbito jurídico familiar, considerada principalmente a relação desta inserção com o princípio da dignidade humana.

Nesse passo, Maria Berenice Dias (2009, p. 128) afirma:

Como prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

[...] o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao status de família.

A família tem como pressuposto o afeto, portanto, uma relação da ordem da solidariedade. Sendo assim, os vínculos das mais variadas espécies que tenham por base o afeto, são dignos de proteção do Estado. Como pondera Anna Maria Laydner Gaudie Ley (1996), “na infinita gama das relações humanas situam-se as relações afetivas, e nestas encontram-se heterossexualidade e homossexualidade”.

O grande contratempo enfrentado é a expressão “o homem e a mulher” presente no §3º do artigo 226 da Constituição que, por muitas vezes, não contemplaria a possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, restrito àquela união heterossexual.

Art. 226. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

E observemos as referências no Código Civil de 2002:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1.723 É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

De acordo com o entendimento de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 158):

[...] a inexistência de enunciado normativo expresso que proíba o reconhecimento do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos nos faz reconhecer que é ilegítima a tradição social que interpreta restritivamente o art. 226, §3º, da CF/1988 e os arts. 1.514 e 1.723 do CC/2002 para não reconhecer tais regimes jurídicos a casais homoafetivos, pelo estranhamento que causa ao intérprete que duas situações idênticas ou, no mínimo, análogas (união homoafetiva e união heteroafetiva) não sejam tratadas da mesma forma, donde descabida tal exegese restritiva.

Cabe também o questionamento de Nuno de Salter Cid (1998, p. 195):

Homem e mulher; o homem e a mulher; é o direito a casar reconhecido ao homem e à mulher? Somente ao homem com a mulher e a esta com aquele, ou a qualquer deles com homem ou mulher? Quem são, afinal todos os que têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade? E o que é o casamento?

Conforme observa Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2017, p. 12):

[...] o simples fato de os textos normativos em questão utilizarem a expressão “o homem e a mulher” em suas redações não significa, por si, a impossibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos, tendo em vista o correto entendimento doutrinário segundo o qual a possibilidade jurídica do pedido não depende de autorização expressa da lei, mas da ausência de proibição legal expressa.

A Carta Magna nada manifesta em relação à diversidade de sexo como condição para a celebração do casamento. Do mesmo modo, entre os impedimentos elencados no artigo 1.521 do Código Civil, inexistente alusão ao sexo:

Art. 1.521 Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;  
II – os afins em linha reta;

- III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V – o adotado com o filho do adotante;
- VI – as pessoas casadas;
- VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte

Ainda, através de interpretação teleológica do artigo 1.511 do mesmo Código temos que o casamento civil demonstra “comunhão plena de vida” entre o casal, de modo igual o artigo 1.723 garante que a união estável é aquela perceptível por “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Na lição de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2017, p. 17-19):

[...] casais homoafetivos possuem o mesmo amor familiar existente entre casais heteroafetivos, razão pela qual estão em situação idêntica ou, no mínimo, análoga, donde merecem receber a mesma proteção jurídica que aqueles recebem. [...] afigura-se indispensável a aplicação da interpretação extensiva ou da analogia para reconhecer a união estável homoafetiva, ante a identidade de situações entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva.

Nesse sentido, a Constituição modificou o conceito de família trazendo o amor familiar como elemento estruturante da família contemporânea, ainda segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2013, p. 177-178):

Enquanto durante a maior parte do século XX reconhecia-se apenas a família sacralizada pelo casamento civil, a partir do final do referido século as famílias passaram a se formar principalmente por meio das uniões amorosas em detrimento do modelo institucional anterior. [...] o que sempre importou a partir do século XX foi a busca pela felicidade, mesmo que isso importasse em uma vida fora dos contornos do Direito.

Elizabeth Roudinesco (2003, p. 18) enfatiza que “a família é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”.

Indiscutivelmente, Maria Berenice Dias (2009, p. 136) assevera:

[...] se duas pessoas passam a ter a vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável, caracterizado pelo amor e pelo respeito, com o objetivo de construir um lar, esse vínculo, independentemente do sexo do casal, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

A omissão do legislador se encerrou com a edição da Lei 11.340/2006, afamada Lei Maria da Penha, destinada a impedir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei, de forma expressa, reconheceu que os homossexuais têm o direito de formarem famílias homoafetivas.

Art. 2º Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Com isso, no artigo 5º, inciso II, tem-se uma nova regulamentação ao conceito de família entendida como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” e, a questão fica ainda mais translúcida em seu parágrafo único, que completa manifestando que todas as situações independem da orientação sexual. Vejamos:

Art. 5º [...] Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Sendo legitimada a proteção a fatos que ocorrem no âmbito doméstico e, sabendo que violência doméstica existe no ambiente familiar, em outras palavras, quer dizer que as uniões homoafetivas são entidades familiares.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha alongou o conceito de família, atingindo, assim, as uniões homoafetivas. Portanto, foi consagrada, conforme Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, p. 149), “a ideia de que a família não é constituída por imposição da Lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros”.

Nesta linha, Maria Berenice Dias (2009, p. 141) diz:

Ao afirmar a Lei que está sob seu abrigo a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, está assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, às transexuais e aos transgêneros com identidade social feminina e que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio.

Desde a nova definição, trazida pela Lei Maria da Penha, de entidade familiar, não cabe interpelar a natureza dos vínculos homoafetivos. Não se pode sustentar que, em razão de omissão legislativa, não seria possível emprestar-lhes determinados efeitos jurídicos. No momento em que as uniões estão protegidas pela Lei de combate à violência doméstica, sendo assim reconhecidas como família, encontra-se amparada pelo Direito de Família.

Portanto, ainda que a Lei tenha por objetivo tutelar a mulher, trouxe um novo conceito de família, o qual independe do sexo dos envolvidos. Se família é a união entre duas mulheres, com igualdade é família entre dois homens. Melhor dizendo, sustenta Maria Berenice Dias (2009, p. 143) que “ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se o reconhecimento de que se trata de uma família”.

Em consequência da nova definição legal, não há o que justifica que o amor entre iguais seja repudiado da esfera de proteção jurídica. É evidente que unidade familiar não se refere apenas a uniões heterossexuais. O avanço é importante e a eficácia da Lei é imediata, visto que as uniões homoafetivas passam a merecer a devida proteção do Estado, exposta na Constituição em seu artigo 226, *caput*, que diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Até determinado momento as uniões homoafetivas eram reconhecidas, conforme Catarina Almeida de Oliveira (2013, p. 179), “de maneira equiparada à união estável em apenas algumas decisões pontuais. Quase sempre tratadas por analogia somente, não sendo consideradas uniões estáveis”.

Ainda, de acordo com Ana Carla Harmatiuk Matos (2011, p. 140):

A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida.

Não se pode mais conceber que o direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se a diversos fatores e características dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade.

Consoante o que diz Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 17), o conceito contemporâneo de família é identificado pelo:

[...] amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (*amor familiar*), pautado ainda no *princípio constitucional da pluralidade das entidades familiares*.

É, portanto, da Constituição Federal que se retira o suporte para a aplicação do princípio da pluralidade das entidades familiares, devido à instituição do Estado Democrático de Direito, declarado em seu preâmbulo, estabelecendo, assim, o exercício dos direitos sociais e individuais, além dos valores supremos da sociedade (liberdade, igualdade, bem-estar e justiça). Assim sendo, amparada pelo princípio da dignidade humana, a igualdade e a liberdade justifica a pluralidade das entidades familiares, ultrapassando aquelas previstas constitucionalmente.

Felizmente, aos poucos um novo cenário, alerta à realidade da vida e dignidade da pessoa humana, começou a se formar no Superior Tribunal de Justiça. O primeiro marco foi em 1.999, com a determinação da competência das Varas de Família (TJRS, AI 599075496). De acordo com Maria Berenice Dias (2017, p.115) “a decisão provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família, sendo a razão, mais sentimento do que vontade”. Essa decisão, certamente, mudou os rumos jurisprudências.

Em 2001, no Tribunal gaúcho, tivemos a primeira decisão que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar (TJRS, AC 70001388982). O julgamento retirou a união homoafetiva do direito das obrigações, sendo visto como um simples negócio, não vislumbrava a existência de afeto na origem da relação.

Na esteira desses julgados encontra-se o de março de 2006, onde foi reconhecida a inscrição de parceiro homossexual em plano de assistência médica (STJ, RESp 238.715/RS), onde a brilhante decisão afirmou:

[...] a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. – O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, em setembro de 2008, foi então proferida a decisão do Superior Tribunal de Justiça afirmando a possibilidade jurídica do pedido da ação de reconhecimento da união homoafetiva (STJ, REsp 820.475/RJ).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. (...) POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

(...)

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 7. Recurso especial conhecido e provido.

O Superior Tribunal de Justiça, empregando o artigo 4º da LINDB, decidiu que, sendo a lei omissa, o magistrado deve aplicar a analogia, reconhecendo a união homoafetiva. O Ministro relator Antônio de Pádua Ribeiro, em seu voto, declarou:

[...] da análise dos dispositivos transcritos não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar os limites do seu deferimento. [...] duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

É inegável que o julgado foi fundamental para garantir outros avanços ao reconhecimento dos direitos de homossexuais. Diante disso, no ano de 2010, ainda no Superior Tribunal de Justiça, tivemos dois acórdãos confirmando as relações homoafetivas como entidades familiares.

No primeiro julgado foi reconhecida a possibilidade de uma companheira homoafetiva adotar os filhos adotivos de sua parceira. Concluindo, para tanto, nas palavras de Marta Cauduro Oppermann (2011, p. 295) “não haver qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto”. Vejamos (STJ, REsp 889.825/RS):

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. (...) REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

(...) 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. (...) 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. (...) 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

O segundo julgamento (STJ, REsp 1026981/RJ), de acordo com Marta Cauduro Oppermann (2011, p. 295):

[...] assegurou a inclusão de companheiro homoafetivo em plano de previdência privada complementar, destacando que tanto o legislador como o julgador devem estar preparados para atender às demandas surgidas em uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais e, assim, evitar que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Sem dúvidas, após citados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, surgiu uma nova perspectiva jurisprudencial. Por essa razão, os Tribunais começaram a aplicar os novos precedentes, possibilitando um justo tratamento às uniões homoafetivas.

Sob a nova ótica, Tribunais de Justiça, sabiamente, modificaram suas orientações jurisprudenciais com a finalidade de aplicar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, garantindo a aplicação das ações declaratórias de união homoafetiva no âmbito das Varas de Família. Como exemplo: Rio de Janeiro (TJRJ, AC 200700104634), São Paulo (TJSP, AC 552574-4) e Paraná (TJPR, CC 0523449-5).

Todos esses avanços culminaram para, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal apresentar uma nova perspectiva sobre o tema no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF n. 132, julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou ADI n. 4.777, com o escopo de considerar inconstitucional a interpretação na literalidade dos dispositivos que suprimem direitos de parceiros homoafetivos.

A evolução dos direitos humanos e, principalmente, o destemor do Poder Judiciário, sucederam a construção de um novo paradigma, que se consolidou a partir da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidade familiar, com todos os direitos e obrigações.

Conforme explica Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite (2017, p. 187):

A possibilidade do casamento direto por contraentes de igual sexo, além de encontrar respaldo nos princípios constitucionais, decorre do fato de não haver na legislação ordinária qualquer proibição expressa a esse respeito, na medida em que Código Civil, no contexto dos impedimentos matrimoniais, não incluiu a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. E, uma vez que não existe vedação literal, trata-se de conduta lícita, que encontra amparo no ordenamento jurídico.

Em sustentação oral neste julgamento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, em síntese, afirmou (2017, p. 27):

[...] dada a evolução do conceito de família, superado o opressor modelo hierárquico-patriarcal, passando pelo fusional (no qual o afeto era o marco definidor da união conjugal) e culminando com o atual modelo eudemonista (que defende a existência da família apenas enquanto ela trazer felicidade e realização individual a todos os seus integrantes), cabível interpretação extensiva ou analogia para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

O relator, Ministro Ayres Britto, abriu a decisão esclarecendo que conheceria da ADPF n. 132, convertendo-a em Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgando em conjunto a ADI 4.277. Assim, a questão principal fixaria a interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.

Em dado momento o Ministro afirma (voto na ADPF n. 132, p. 20) que “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”. Ainda, em sua fundamentação menciona o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal que define um dos objetivos da República Federativa, a promoção do bem-estar de todos, sem discriminação, inclusive sexual.

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

Além disso, o relator, em fls. 27, invoca uma fala que atribui a Hans Kelsen, dizendo: “tudo o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado está juridicamente permitido”. Logo, não havendo norma constitucional que torne ilícita a homossexualidade, entende-se que a conclusão assentasse na permissão pela Constituição Federal.

[...] a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais

Prosseguindo o seu raciocínio, o Ministro afirma que o direito de respeito à preferência sexual de cada um é fundamentado, como sabemos, pelo princípio da dignidade humana, entendido como direito à felicidade.

[...] a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim,

poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

Diante de direitos fundamentais, o Ministro conclui pela auto-aplicabilidade, sendo, então, dispensada a regulamentação por meio de edição de leis, sendo os direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata.

Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Ao encerrar seu voto, em fls. 42, o Ministro explana a respeito do conceito cultural de família:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico.

Importa frisar, também, o excelente voto do Ministro Luiz Fux que, ao julgar o mérito, passou a esclarecer cinco consideráveis premissas:

A primeira delas [...] é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população. A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção [...] de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença. A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer.

Por fim, como quinta premissa, o Ministro assevera que inexistente norma jurídica que trate a união homoafetiva como ilícita.

[...] não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Ademais, de forma clara defende não haver qualquer distinção ontológica como espécies de família entre o casamento, a união estável e a união homoafetiva.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (...) Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica.

Portanto, tendo em vista que não há no artigo 226, §3º da Constituição Federal nada que impossibilite a equiparação da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, o Ministro votou pela procedência dos pedidos, reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal superou qualquer dilema e requereu a conjugação de outros dispositivos constitucionais, a saber: o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, o propósito de promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação, fundamentado pelo artigo 3º, inciso IV, bem como as modalidades familiares elencadas no artigo 226, §§ 4º a 8º. Ainda, reconheceu a validade do

artigo 1.723, *caput*, do Código Civil, contanto que interpretado conforme a Constituição, ou seja, a fim de que não vede as uniões homoafetivas.

Como destaca Catarina Almeida de Oliveira (2013, p. 180):

[...] o STF entendeu, à unanimidade, que as uniões homoafetivas são equiparadas às uniões estáveis, surtindo daquelas todos os efeitos. Assim, devem ser norteadas as decisões que envolvam o tema até que normas específicas passem a integrar o ordenamento jurídico no sentido de incluir a união homoafetiva, realmente, como espécie de união estável.

Assim sendo, para que sobrevenham os efeitos da união estável, a entidade familiar homoafetiva deve demonstrar os requisitos exigidos ao reconhecimento daquela, presentes no artigo 1.723 do Código Civil, qual seja “convivência pública, contínua e duradoura”, além do “objetivo de constituição de família”.

Vale citar, neste ponto, a lição de Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2017, p. 16):

[...] considero que as uniões homoafetivas são idênticas às uniões heteroafetivas tendo em vista que ambas são pautadas pelo mesmo *amor familiar*, sendo absolutamente irrelevante o fato de termos duas pessoas do mesmo sexo/gênero em um caso e duas pessoas de sexos/gêneros diversos em outro, o que não configura nenhuma diferença – não mais do que existente entre um casal heteroafetivo formado por brancos e outro formado por negros. [...] caso se considere que a homogeneidade/diversidade de sexos/gêneros configuraria uma “diferença”, então se deve concluir que não se trata de uma diferença *relevante* na medida em que ambas as uniões são pautadas pelo menos *elemento essencial*, a saber: o *amor familiar*, que é o elemento formador da família contemporânea.

Nesse sentido, a Constituição Federal protege não somente o instituto do casamento, mas, a família, como forma de assegurar a dignidade humana sem discriminação de qualquer ordem. Afirma Ana Carla Harmatiuk Matos (2011, p. 139) que, com a passagem do tempo:

[...] novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos.

Seguindo essa linha de pensamento, assegura Maria Berenice Dias (2011, p. 86):

Está mais do que na hora de levantar o véu do preconceito e reconhecer que a união estável é gênero que comporta duas espécies: a homoafetiva e a heteroafetiva.

Não obstante, aparenta não ser suficiente a natureza vinculante agregada ao efeito *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal que certificou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. Desse modo, na tentativa de ocultar os avanços judiciais, em 2013 foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.583, denominado de Estatuto da Família, trazendo a seguinte definição de família:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Possivelmente como uma forma de embaraçar o Projeto de Lei nº 470 de 2013, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), intitulado como Estatuto das Famílias, ante as novas configurações familiares.

Por conseguinte, diante desta situação, a Ordem dos Advogados do Brasil formou Comissões da Diversidade Sexual. Em consequência, um grupo de juristas, em parceria com movimentos sociais, criou o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, conforme a explicação de Maria Berenice Dias (2017, p. 117):

[...] apresentou propostas de emenda constitucionais para a alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, o que deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional. [...] Uma dá nova redação ao inc. IV do art. 3º, para proibir também discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substitui a licença maternidade e a licença paternidade pela licença natalidade, com o prazo de seis meses. [...] A terceira assegura acesso ao casamento igualitário. Substitui a expressão “homem e mulher” por “duas pessoas” (CF, art. 226, §3º).

O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (Projeto de Lei do Senado nº 134/2018) apresenta-se de maneira ampliativa na tutela dos direitos da

população LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais). Isto é, o projeto foi elaborado e direcionado a segmentos sociais vulneráveis, que merecem normas protetivas particularizada.

Além disso, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero traz normas de teor material e processual, de cunho civil e penal. Em suas disposições gerais, de forma clara, evidencia a sua finalidade:

[...] promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero.

O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero é composto por 111 artigos que visam à efetivação da dignidade humana, promovendo o direito à livre orientação sexual, à identidade de gênero, à saúde, à igualdade, à moradia, à não-discriminação, entre outros. A homofobia é criminalizada, além de impor políticas públicas a serem adotadas nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Portanto, é necessário que o sistema jurídico acompanhe os avanços da sociedade, que vem se libertando das amarras conservadoras. Preferir o respeito à individualidade de cada indivíduo é forma de eliminar as diferenças, ao passo que se aproxima do tão cobiçado respeito à dignidade humana. De acordo com Eduardo Ramalho Rabenhorst (2001, p. 48):

Uma sociedade que não aceita as diferenças não pode se dizer democrática, exatamente porque a democracia se caracteriza pela falta de valores absolutos e se fundamenta no reconhecimento da dignidade humana.

Afinal, o cumprimento à dignidade humana determina o respeito à diversidade. No dizer, sempre oportuno, de Maria Berenice Dias (2017, p. 119) “está na hora de o Estado mudar o perverso tratamento discriminatório que atinge segmento da sociedade, ainda refém do preconceito”. É imprescindível o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, a fim de regularizar de forma ampla todas as questões que rodeiam a população LGBTI e seus vínculos afetivos.

Por fim, não demorou muito para que o Estado garantisse acesso ao casamento às relações homoafetivas. Assim sendo, ainda em 2013, o Conselho

Nacional de Justiça expediu a resolução nº 175 impedindo que fosse negado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo, assim, a união estável, bem como a sua conversão em casamento. Conforme assevera Maria Berenice Dias (2017, p. 112):

Há que reconhecer a coragem da magistratura deste país, que ultrapassa os tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe o preconceito que historicamente persegue as entidades familiares homoafetivas.

A Resolução, em dois simples artigos, impôs aos Cartórios de Registro Civil de todo país o dever de efetuarem o casamento civil homoafetivo, alicerçado na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI 4.277. Vejamos:

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo.

[...]

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Diante da negativa de alguns cartórios em habilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Resolução sobreveio com o desígnio de, conforme Flávia Danielle Santiago Lima (2017, p. 382) “assegurar imperatividade e afastar quaisquer obstáculos ao cumprimento da diretriz estabelecida pelo STF”.

Condenar à invisibilidade é a forma mais carrasca de germinar injustiça e estimular a discriminação e preconceito. O Poder Judiciário tem como obrigação criar o direito. Desse modo, não é omitindo determinados fatos, deixando certas situações fora do manto da juridicidade que se faz justiça. Sancionar os direitos em regras legais possivelmente seja a forma mais eficaz de desfazer tabus e enfraquecer preconceitos.

## **4 HOMOFOBIA E PRECONCEITO CONTRA A DIVERSIDADE SEXUAL**

Apesar de a sociedade ter caminhado rumo ao reconhecimento de direitos às pessoas pertencentes ao grupo LGBTI, infelizmente ainda carregamos resquícios do passado, como intolerância, preconceito, violência, falta de empatia e até mesmo de conhecimento, razão pela qual se faz necessário trazer uma abordagem sobre o assunto.

É preciso conhecer, entender, dar voz e visibilidade à população LGBTI. É preciso reconhecer o papel dos grupos ativistas que atuam em defesa dessas minorias. E acima de tudo é preciso proteger esses seres humanos que constantemente são vítimas de crimes graves.

### **4.1 O preconceito às minorias**

Estudar as formas de expressão da sexualidade, exige uma visão além de concepções religiosas ou institucionais, sem julgamentos imotivados. Como expressa Enézio de Deus Silva Júnior (2010, p. 48) “é de extrema importância a reavaliação de ‘pré-conceitos’, para que se adentre em temáticas relacionadas com a afetividade ou a estrutura humana de desejo, como um todo”.

Ainda sob o enfoque de Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 110), a sexualidade:

[...] como conjunto de manifestações afetivo-emocionais conscientes e inconscientes, demanda considerações sobre orientação sexual e as diversas nuances de gênero como produtos culturais, cambiantes e manipulados, tanto quanto outros traços dos seres humanos, na sua constante busca pela harmonia ou pela satisfação dos desejos em todos os âmbitos.

Para conter os impasses de nosso tempo, é fundamental compreendermos o amplo sentido de identidade de gênero e orientação sexual, bem como as suas implicações políticas que, conforme Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 11) “ensejam infundável debate e lutas sociais contundentes em torno da politização da vida sexual e da sexualização da vida pública de uma sociedade”.

Não foi por coincidência que as expressões da sexualidade passaram a ser objeto de luta social e política no Brasil, mas, provavelmente por serem

construídas como formas de subordinação por meio da distinção entre identidade de gênero e orientação sexual. Empenhar-se em desvelar determinadas razões pode ser um bom percurso que levará a compreensão sobre o preconceito contra as expressões da sexualidade.

Na ampla possibilidade dos arranjos sociais, a sexualidade e, especialmente, a homossexualidade, manifesta inúmeras formas de expressão. Nesse sentido, Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 12) explicam:

Essas formas sempre estiveram intrinsicamente relacionadas às demais dimensões da vida social, contribuindo para a transformação e a manutenção social na produção e reprodução dos valores que constituem a vida coletiva. Nesse sentido, as práticas sexuais não ocorrem à revelia de uma normalização.

A nossa sociedade sempre foi, indubitavelmente, influenciada pelo discurso religioso e médico-científico, sendo a homossexualidade gravemente condenada, legitimando instituições e práticas sociais fundamentadas em valores heteronormativos, acabando por discriminar e punir diversos comportamentos sexuais.

Nesse seguimento, Enézio de Deus Silva Junior (2011, p. 110) salienta:

[...] a noção de gênero, com o dinamismo científico, passou a ser compreendida para além dos papéis ou padrões socioculturais identificadores do masculino e do feminino, que, por muito tempo, foram-lhe atribuídos numa lógica rígida. Ampliaram-se as concepções sobre orientação sexual, identidades e papéis de gênero, a fim de entendê-lo (o gênero) como categoria relacional-contextual mais ampla, que contempla os conflitos ou desafios na formação e nas escolhas das pessoas dentro das vastas possibilidades ante a plasticidade dos seus corpos, tudo isso conectado com outros sistemas de modo complexo.

Atualmente, as sexualidades e, em consonância, as performances sexuadas, estão nitidamente presentes no cenário público como nunca estiveram, embora de forma subalternizada. Gradativamente identificamos na mídia e em debates a inserção do tema “diversidade sexual”. Contudo, importa destacar o que dizem Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 15):

Ainda que a visibilidade e a aparição pública das homossexualidades tenham entrado na agenda social e política, convivemos com o preconceito homofóbico, com um número alarmante de assassinatos de homossexuais, com violações dos direitos sexuais de toda ordem e com a violência institucional que perpassa todas as instituições sociais, econômicas e políticas, sem falar nas educacionais, religiosas e militares.

As mais variadas formas de expressão da sexualidade estiveram presentes no mundo de modo tão distinto quanto a própria composição cultural e moral na história das sociedades. Em outras palavras, historicamente, a homossexualidade sempre esteve presente nas mais variadas formas e segundo a construção cultural e singular de cada vivência humana, como pontua Naele Ochoa Piazzeta (2001, p. 17) “se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz a forma como a sexualidade é vivida”.

Jeffrey Weeks (2000, p. 63) entende que nos séculos XIX e XX ocorreu o que ele denomina de “institucionalização da heterossexualidade”, estabelecendo como anormal tudo o que desviasse do gênero homem e mulher.

A tentativa de definir mais rigorosamente as características do “perverso” (termos descritivos tais como “sado-masiquismo” e “travestismo” para as atividades relacionadas com sexo emergiram no fim do século XIX, ao lado de termos como “homossexualidade” e “heterossexualidade”) foi um elemento importante naquilo que estou chamando de institucionalização de heterossexualidade nos séculos XIX e XX. Essa definição era, em parte, um empreendimento sexológico. A sexologia tomou a si duas tarefas distintas ao final do século XIX. Em primeiro lugar, tentou definir as características básicas do que constitui a masculinidade e a feminilidade normais, vistas como características distintas dos homens e das mulheres biológicos. Em segundo lugar, ao catalogar a infinita variedade de práticas sexuais, ela produziu uma hierarquia na qual o anormal e o normal poderiam ser distinguidos. Para a maioria dos pioneiros, os dois empreendimentos estavam intimamente ligados: a escolha do objeto heterossexual estava intimamente ligada ao intercurso genital. Outras atividades sexuais ou eram aceitas com prazeres preliminares ou eram condenadas como aberrações.

No mais, sendo considerada uma questão política, os direitos sexuais deveriam se deparar com discursos e práticas políticas, e não religiosas ou morais. É do sermão religioso e moral, inclusive, que derivam muitos dos sofrimentos vivenciado pela comunidade LGBTI, ocasionando a desigualdade, exclusão social e o preconceito. Neste sentido, as práticas que fogem ao consenso hegemônico, tonam-se invisíveis.

A homossexualidade sempre enfrentou impasses na sociedade, posto que, para parecer uma posição sexual com direitos iguais, desconstruiu uma gama de significações, definidas por um padrão heteronormativo. Sobre o tema enfatizam Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 26):

A não-heterossexualidade (...) se tornou muito mais do que ela fora um dia. Ou seja, deixou de ser uma forma de prática da sexualidade e passou a ser, com o decorrer do tempo, uma questão religiosa, uma lógica de relação, um caráter psicológico, uma posição política e uma política de identidade.

Em razão do alarde causado pela constante divulgação da homossexualidade e temáticas pertinentes, poderíamos pressupor que, atualmente, a homossexualidade tem se tornado fenômeno frequente. No entanto, percorrendo os comportamentos sexuais no decorrer da história percebe-se que a relação afetiva ou meramente sexual, entre pessoas do mesmo sexo, sempre esteve presente na formação da sociedade. Importa evidenciar que, encontramos comportamentos homossexuais em todos os períodos da história da humanidade.

Mas, se determinado comportamento sempre existiu, podemos indagar por qual motivo este tema vem dominando nossa vivência pública. Assim, constata-se que, nas palavras de Maria Luiza Heilborn (1996, p. 136):

[...] um debate sobre a homossexualidade está em curso na sociedade brasileira. As ideias contidas nele podem ser encaradas como um dos sinais da difusão da modernidade no país. A discussão se alimenta de um clima de crescente liberalização dos costumes, publicização dos estilos de vida alternativos associados à sexualidade (...).

Apesar disso, a resposta não é simples, ganhando contornos cada vez mais complexos, posto que percebemos a magnitude da sexualidade como elemento de identidade e política. De forma revolucionária, as distintas expressões da sexualidade, se apropriaram dos espaços sociais e midiáticos. Como resultado, vimos majorar a visibilidade das mais variadas identidades não-heterossexuais.

Uma imensidão de termos vem ocupando um espaço importante em nosso cotidiano, nos direcionando para um cenário da sexualidade contemporânea. Como bem evidenciam Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 31):

Termos (...), entre tantos outros, nos remetem a um universo de personagens que tendem a ser colocados em histórias exóticas, distantes do nosso cotidiano e até mesmo escritas em vocabulário e linguagens próprias, tais como *gays*, afeminados, pintosas, *barbies*, *bibas*, ursos ou *bears*, ativos, passivos, entendidos, lésbicas, caminhoneiras, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais, *drag queens* ou *kings*, transformistas, andróginos, *crossdressers* etc.

Estes personagens vêm tentando conquistar um status social menos marginalizado e ganhar direitos no espaço público. É importante lembrar que se hoje eles podem ser vistos, não é porque foram criados num passe de mágica por alguma moda qualquer. Estes personagens já existem há bastante tempo, mas apenas hoje podem ser vistos. Alguns mais, outros menos, passeiam pelo espaço público. Alguns corajosos já ousam manifestar afeto publicamente, alguns já compartilham sua vida afetiva em quase todos os âmbitos de sua vida. Enfim, esses polêmicos personagens da urbanidade contemporânea estão na luta pela desnaturalização da condição de inferioridade, na luta por uma reconfiguração de seus direitos e de sua cidadania.

O preconceito social, ainda muito presente em nossa sociedade, pode ser compreendido como um mecanismo de hierarquização entre os grupos sociais, legitimando a inferiorização social, resultando na violência e no ódio de um sobre outro. O preconceito opera ocultando razões que justificam formas de opressão, impedindo ou limitando a percepção da realidade.

Além disso, o preconceito é sustentado por concepções ideológicas acerca da legitimidade ou ilegitimidade de direitos já obtidos, assim como a legalidade ou não da sua abordagem no mundo público, palco fundamental das lutas por direitos.

No âmbito da sexualidade, o preconceito social estimula a invisibilidade de determinadas expressões sexuais, legitimando, por sua vez, a prática de inferiorização, ou seja, a denominada homofobia. Neste caso, é utilizado atribuições sociais negativas oriunda da moral e da religião, estabelecendo a heteronormatividade como uma forma de regulamentar as relações humanas.

O preconceito foi incorporado trazendo como alicerce perspectivas religiosas e, a longo prazo, após a modernização, propagado mediante discursos científicos, responsáveis por atribuições negativas. Com essa postura, ocorre a conversão das diferenças em desigualdades e, conseqüentemente, discriminações, originando-se a hierarquização social. Isto é, quanto maior a inferiorização de um, maior será a sustentação de hegemonia do outro. Conforme explanação de Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 72):

Quanto mais uma orientação sexual não-heterossexual assume o *status* de doença, perversão, pecado, degeneração ou anomalia, maior será a legitimidade da heterossexualidade compulsória.

Nesse sentido, sobrevieram características inferiores frente a uma postura não-heterossexual, da mesma maneira que mecanismos institucionais que confirmam a hierarquia social, seja pela invisibilidade ou pela hostilidade institucional, demonstrando a superioridade da heteronormatividade nos padrões sociais.

Em suma, ao longo da história, as diversas formas de expressão da sexualidade esbarraram por diferentes concepções e atribuições sociais, infelizmente predominando a forma pejorativa, favorecendo a ideia de patologia e perversão, fomentando a naturalização e o acobertamento da homofobia.

#### **4.2 A origem e contribuição dos movimentos sociais LGBTI inerente ao combate à discriminação**

A nossa sociedade qualifica como natural o comportamento heterossexual, constituindo, portanto, um padrão heteronormativo, trazendo como consequência a anormalidade de todas as outras expressões da sexualidade. Berenice Bento (2008, p. 41) descreve:

Nascemos e somos apresentados a uma possibilidade de construirmos sentidos identitários para nossas sexualidades e gêneros. Há um controle minucioso na produção da heterossexualidade. E como as práticas sexuais se dão na esfera do privado, será através do gênero que se tentará controlar e produzir a heterossexualidade. Se meninos gostam de brincar de casinha, logo surgirá um olhar atento para alertar os pais que seu/sua filho/a tem comportamentos “estranhos”. Daí o perigo que a transexualidade representa para as normas de gênero, à medida que reivindica o gênero em discordância com o corpo-sexuado.

Assim sendo, a vivência homossexual é singular, sendo uma experiência complexa, constituindo elemento identitário, resultado de uma construção social. Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 17):

[...] falarmos em identidades homossexuais envolve não somente as formas e práticas de exercer a sexualidade, mas suas performances públicas, a construção dos direitos e deveres conquistados, os espaços

institucionais ofuscados, as formas específicas de opressão e muitas outras questões que sempre estão circunscritas pela forma moral e estética concorrente a determinada posição hegemônica de objetivações sociais de indivíduos, grupos e sociedades.

O início do chamado “movimento homossexual” foi sinalizado pela incessante busca por mudanças, ou ainda, uma revolução, considerando a realidade adversa relacionada a certas classes sociais (negros, mulheres, LGBTI), questionando os fatos impeditivos para as práticas deste movimento. Regina Facchini (2011, s.p.) destaca a seriedade do movimento:

[...] o surgimento do movimento homossexual indica a aspiração a reivindicar direitos universais e civis plenos, por meio de ações políticas que não se restringiam ao “gueto”, mas que se voltava para a sociedade de modo mais amplo. Com antecedentes em mobilizações acontecidas em outros países desde fins da década de 1960, e a partir de redes de sociabilidade estabelecidas nas grandes cidades, os primeiros grupos militantes homossexuais surgiram no Brasil no final dos anos 1970, no contexto da “abertura” política que anunciava o final da ditadura militar.

Percebe-se que, determinado movimento, foi promovido a partir de manifestações de grupos que, até então, sentiam-se invisíveis, unindo forças e almejando direitos, pleiteando visibilidade e reconhecimento. Em 17 de maio de 1990 houve o primeiro marco nas conquistas, a 43ª Assembleia Mundial da Saúde excluiu a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID) que, a partir de 1º de janeiro de 1993 passou a valer para os países-membros da Organização das Nações Unidas.

Neste sentido, Jeffrey Weeks (2000, p. 69-70) assevera a importância das comunidades LGBTI na sociedade:

Na medida em que a sociedade civil nos países ocidentais se torna mais complexa, mais diferenciada, mais auto-confiante, as comunidades lésbica e gay têm se tornado uma parte importante desta sociedade. Cada vez mais, a homossexualidade se torna uma opção, ou uma escolha, a qual os indivíduos podem seguir de um modo que era impossível numa sociedade mais hierárquica e monolítica. A existência de um modo de vida gay dá oportunidade para as pessoas explorarem suas necessidades e desejos, sob formas que eram algumas vezes literalmente inimagináveis até bem pouco tempo. É por isso, obviamente, que a homossexualidade é vista, frequentemente, como uma ameaça para aqueles ligados ao status quo moral, estejam eles situados à esquerda ou à direita do espectro político. A existência de identidades lésbica e gays positivas simboliza a pluralização cada vez mais crescente da vida social e a expansão da escolha individual que essa oferece.

Em torno do contexto vivido no regime militar, pode-se dizer que os movimentos sociais marcaram história buscando democracia e a validade dos direitos civis. Tem-se que, no Brasil, o movimento se iniciou com a fundação do “Jornal Lampião da Esquina” e o “SOMOS – Grupo de Afirmação homossexual”, tendo como propósito a união com outras minorias. Sobre o Jornal Lampião da Esquina, Peter Fry e Edward MacRae (1985, p. 21) descrevem:

O Jornal Lampião, editado no Rio de Janeiro por jornalistas, intelectuais e artistas homossexuais que pretendiam originalmente lidar com a homossexualidade procurando forjar alianças com as demais “minorias”, ou seja, os negros, as feministas, os índios e o movimento ecológico.

Diante da repercussão do Jornal Lampião da Esquina e do grupo SOMOS, na infundável luta contra a discriminação, prontamente surgiram outros grupos seguindo a mesma linha. Conforme Edward MacRae (1997, p. 239):

Esses grupos aderiram ao novo esquema político que surgia, em parte importado dos Estados Unidos e da Europa, e procuravam valorizar a identidade homossexual, lutar contra a discriminação ou atentados contra os direitos humanos dos homossexuais. Chegaram até a promover uma grande passeata contra um delegado em São Paulo, o doutor Wilson Richetti, que estava promovendo uma “operação limpeza” no centro da cidade, prendendo e batendo em travestis e prostitutas. Buscavam alianças com o movimento feminista e o movimento negro, que eram identificados como sendo muito similares em sua estrutura e em várias reivindicações.

Com isso, em 1980 surgiu o Grupo Gay da Bahia (GGB), fortalecendo o ativismo na região nordestina. Posteriormente, no ano seguinte, o Jornal Lampião de Esquina encerrou sua circulação, ao passo que o Grupo Gay da Bahia alavancou sua campanha nacional, a fim de despatologizar a homossexualidade. Segundo Luana Pagano Peres Molina (2011, 956), houve o fortalecimento dos grupos voltados às causas LGBTI, inclusive incitando políticas públicas para o controle do HIV que, naquela época, atingiu drasticamente a comunidade homossexual.

A epidemia obrigou a sociedade a discutir sexualidade. Independentemente da forma como foi orientada a temática, ela passou a estar presente nas agendas e a ser preocupação para familiares, escolares e estatais. O surgimento da Aids abriu espaço para a visibilidade homossexual, ainda que se tenham inicialmente refreado as tentativas de mobilizar setores do movimento. A doença foi também uma das principais

responsáveis pela força com que esse movimento (re)emergiu na década de 90 do séc. passado.

Com a expansão pelo Brasil do denominado movimento homossexual, em 1995 foi instituída a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT) que, de acordo com Regina Facchini (2011, s/p.) “reúne cerca de 200 organizações espalhadas por todo o Brasil, sendo considerada a maior rede LGBTI na América Latina”.

Posteriormente, em 1996 no Rio de Janeiro e, em 1997 em São Paulo, houve, respectivamente, a primeira “Parada do Orgulho Gay”. Com o passar dos anos com a grande adesão de participantes passou a acontecer anualmente, tornando-se uma importante forma de manifestação do movimento no Brasil. Gustavo Gomes da Costa Santos (2007, p. 127) explica:

Em 1997, o IX Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis e o II Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis que Trabalham com Aids (EBGLT-Aids) ocorreram mais uma vez em São Paulo, com a participação de 52 grupos tanto da militância GLT (Gays, Lésbicas e Travestis) como de ONGAids e simpatizantes. Havia muito conflito entre seus organizadores, sendo que vários grupos foram excluídos da comissão de organização. Apesar disso, foi neste ano que os grupos de São Paulo organizaram a Parada do Orgulho GLT, que se tornou símbolo do movimento homossexual no Brasil. Mesmo depois de uma primeira tentativa frustrada em 1996, em 28 de junho de 1997, aproximadamente duas mil pessoas seguiram pela Avenida Paulista com o intuito de atrair a atenção da sociedade e dar visibilidade pública às reivindicações dos homossexuais. A Parada do Orgulho GLBT passou a acontecer todos os anos, tornando-se parte integrante do calendário oficial da cidade. Ao reunir aproximadamente um milhão e meio de pessoas, esse evento passou a ser uma das principais formas de o movimento homossexual afirmar sua existência como sujeito político.

Sobretudo, determinadas conquistas foram possíveis tendo em vista a mobilização e publicidade do tema. Os diversos movimentos espalhados pelo país, tiveram como pauta, de forma direta ou indireta, a diversidade sexual. Os avanços são notórios, contudo, ainda há que se falar no reconhecimento de outros direitos, na esfera social e moral, uma vez que a sociedade é ordenada por estereótipos e hierarquização.

### 4.3 A criminalização da homofobia

A sociedade, com o tempo, percorreu inúmeras transformações. Dentre as mudanças ocorridas, vimos a ampliação do conceito de família quando, em 2011, o Supremo Tribunal Federal assentiu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. Logo, esta decisão tornou-se um marco nas garantias de direitos da classe LGBTI, viabilizando, inclusive, o debate para a criminalização da homofobia.

O auge da discriminação jurídica causada pelo Estado, está na propagandeada criminalização da união de pessoas do mesmo sexo ao longo dos séculos, revelando, assim, a ideologia opressora de um Estado heteronormativo. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2013, p. 79) explicam a existência do chamado “Direito heterossexual”:

[...] A orientação homossexual foi e, em parte, continua sendo discriminada, oprimida e ocultada. O resultado é que os Estados modernos funcionam como *Estados heterossexuais*. Por isso se pode afirmar que, apesar dos recentes progressos e das normas que tutelam a sexualidade em geral, o nosso direito ainda é heterossexual.

Desse modo, a criminalização da homoafetividade é enclausurada de perspectivas religiosas e morais, que transpassam de forma indevida para o Direito a regra de reprovação. Essa desordem afeta a legitimidade do Estado que se diz democrático, bem como ligado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg (2017, p. 167) expõe:

Ocorre no campo criminal o que acontece com o Direito e suas possibilidades em relação à discriminação em geral: transitar da proibição à discriminação em função da identidade sexual – que significa a vedação da utilização do Direito para criminalizar a homoafetividade – para a criminalização da própria discriminação (homofobia).

A fim de entendermos e melhor explicar a origem do termo “homofobia”, Daniel Borrillo (2015, p. 21) informa que:

Foi apenas em 1998 que o termo “homofobia apareceu, pela primeira vez, em um dicionário de língua francesa; dez anos antes. Ele era ainda ignorado, até mesmo pelos léxicos especializados. Segundo parece, a invenção da palavra pertence a K.T. Smith que, em um artigo publicado em 1971, tentava analisar os traços da personalidade homofóbica; um ano

depois G. Weinberg definira a homofobia como “o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo”.

Não obstante, apesar de datar o ano de 1971, a descrição apresentada reflete a atualidade, visto que as agressões contra a comunidade LGBTI decorrem do ódio, repulsa e aversão. Daniel Borrillo (2010, p. 22-34) explica que a homofobia pode ser entendida através de dois polos: pessoal e cultural.

O termo “homofobia” designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. Essa distinção permite compreender melhor uma situação bastante disseminada nas sociedades modernas que consiste em tolerar e, até mesmo, em simpatizar com os membros do grupo estigmatizado; no entanto, considera inaceitável qualquer política de igualdade a seu respeito.

[...] A homofobia pode ser definida como hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que conste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura extrai consequências políticas.

Nesse mesmo sentido, Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008, p. 76) relatam:

A homofobia tem, portanto, uma dimensão psicológica e uma dimensão social. Do ponto de vista psicológico, romper com a *homofobia assimilada* diz respeito a superar as barreiras impostas pelo conjunto de valores assumidos como corretos. Este conjunto, muitas vezes, se impõe como uma impossibilidade de que a experiência homossexual seja vivenciada como uma experiência legítima. Assumir a legitimidade desta experiência significaria, portanto, navegar por um reposicionamento na própria história individual e coletiva, já que os valores morais são constituidores das identidades e das culturas. Do ponto de vista social, a homofobia impede que os indivíduos encontrem legitimidade para que o força psíquico individual de se *assumir* se consolide em uma identidade menos subordinada, além de legitimar formas violentas de expressão do ódio e do preconceito.

Com isso, podemos dizer que a homofobia estabelece uma hierarquia das sexualidades, fomentando, assim, a inferioridade da expressão entendida como anormal, a homossexualidade.

Não parece coerente que, em pleno século XXI, qualquer pessoa seja atacada, maltratada, lesada, ou, na pior das hipóteses ter sua vida ceifada, motivado pela intolerância e preconceito à orientação sexual ou identidade de gênero. E mais, diante de um Estado Democrático de Direito, citadas condutas seriam uma afronta aos preceitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Com o intuito de compreender a realidade contemporânea da violação dos direitos humanos sofrida pela comunidade LGBTI, é preciso assinalar que, como sabido, herdamos uma cultura de discriminação e intolerância. Em outras palavras, o preconceito sempre existiu, conforme explica Romualdo Flávio Dropa (2004, s.p.):

A violência contra homossexuais não é um problema novo na América Latina ou, no caso deste estudo, no Brasil. Quando os portugueses aqui chegaram, ficaram horrorizados com as práticas homossexuais praticadas com naturalidade entre os índios. Posteriormente, o mesmo escândalo se deu quando da chegada dos negros eacravos, oriundos de tribos onde a prática homossexual era um fator cultural e aceito como algo natural. Em 1593, uma mulher brasileira chamada Felipa de Souza foi torturada pela Inquisição portuguesa, acusada de praticar lesbianismo. Colonizadores franceses que chegaram ao Maranhão em 1616 ficaram, igualmente, estupefatos quando encontraram índios tupinambás praticando atos homossexuais. Conta-se que um destes índios foi amarrado à boca de um canhão e estraçalhado pela bala em repúdio ao seu ato homossexual. Finalmente, em 1824, pouco mais de 300 anos depois da chegada dos portugueses à estas terras, que a homossexualidade deixou de ser considerada crime. Findo o jugo português, a lei brasileira prevaleceu, à luz das novas ideias que chegavam da Europa. Infelizmente, a lei não foi o bastante para modificar a mentalidade das pessoas, fazendo parte de nossa cultura que o homossexual deve ser eliminado da vida social, herança de uma sociedade patriarcal embasada nos valores de nossos colonizadores.

O Grupo Gay da Bahia tem colhido informações, há aproximadamente três décadas, acerca de homicídios ocorridos contra LGBTI no território nacional, mostrando que, a cada ano, a violência é crescente. Assim, para facilitar e melhor conscientizar a população, a ONG disponibiliza, em site próprio, um relatório anual, afinal, como bem pontua Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 498), “o fato de tornar os desrespeitos públicos tem colaborado para a progressiva sensibilização das autoridades brasileiras para com a questão”.

Atentemos ao gráfico do ano de 2017, trazendo um dado alarmante: houve 445 mortes de LGBTI no Brasil. Isto é, a cada 19 horas um LGBTI morre de

maneira violenta por motivação homofóbica. Estima-se que houve um crescimento de 30% quando comparado ao ano de 2016, onde foram registradas 343 mortes.

**Figura 1 - Mortes de LGBTI no Brasil em 2017**



Fonte: Relatório 2017, Grupo Gay da Bahia

No relatório de 2017 (p. 16), o antropólogo e fundador do Grupo Gay da Bahia, Luiz Roberto Mott, ressalta possíveis soluções ante o crescimento expressivo da violência contra as minorias sexuais:

[...] há cinco soluções emergenciais para a erradicação dos crimes homotransfóbicos: educação sexual e de gênero para ensinar aos jovens e à população em geral o respeito aos direitos humanos dos LGBT; aprovação de leis afirmativas que garantam a cidadania plena da população LGBT, equiparando a homofobia e transfobia ao crime de racismo; políticas públicas na área da saúde, direitos humanos, educação, que proporcionem igualdade cidadã à comunidade LGBT; exigir que a Polícia e Justiça investiguem e punam com toda severidade os crimes homo/transfóbicos e finalmente, que os próprios gays, lésbicas e trans evitem situações de risco, não levando desconhecidos para casa e acertando previamente todos os detalhes da relação. A certeza da impunidade e o estereótipo do LGBT como fraco, indefeso, estimulam a ação dos assassinos.

Quando comparamos a estatística de 2017 com as mortes registradas no ano de 2000, a preocupação é ainda maior. Vejamos:

**Figura 2 - Estatística de mortes LGBTI de 200 a 2017**

Fonte: Grupo Gay da Bahia, 2017.

Sendo assim, com os dados supracitados, fica evidente a necessidade de políticas públicas com o objetivo de erradicar qualquer tipo de violência contra a comunidade LGBTI ou, ainda, reduzir tamanho desrespeito sofrido. Além disso, importa questionar o preparo dos agentes da Segurança Pública quanto às questões inerentes ao gênero e orientação sexual, ou melhor, atinentes aos direitos humanos. Como bem indaga Bismael Batista de Moraes (2000, p. 17):

Por deficiência escolar, omissão dos chefes, desconhecimento dos governantes ou cultura deformada (pelo cinema, pelas histórias em quadrinhos, pela televisão, pela fantasia de “mocinho e bandido”) do que seja Segurança Pública, esquecem de que são servidores em benefício da coletividade. Deveriam saber, portanto, que armas, veículos, comunicações, uniformes e prédios (batalhões, companhias, destacamentos, postos policiais, delegacias etc.) são meios colocados pelo Estado à disposição da polícia para realizar atribuições próprias de segurança, e não devem servir como instrumentos de exibição do policial e de intimidação dos indivíduos.

Por outro lado, o autor Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 499) defende um ensino rigoroso e mais aprofundado em matéria de direitos humanos:

Intervir com políticas públicas de cunho socioeducacional, quanto à diversidade de gênero e sexual (por exemplo), é um bom começo, uma vez que não se trabalha a questão da Segurança Pública somente com policiamento ostensivo. O endurecimento estatal, em matéria de policiamento (somente no aumento do efetivo ou nos instrumentos que lhe servem ao exercício), significa um verdadeiro desastre social para (os)

LGBTs se não houver uma educação em direitos humanos satisfatória, partindo (especialmente) das Academias de Polícia (Civis e Militares), com um recorte temático específico nas questões de sexualidade, gênero e orientação sexual.

[...] Grande parte do Poder Judiciário brasileiro, por uma questão educacional e de capacitação dos seus servidores, não se encontra preparado para lidar com a diversidade sexual e as possibilidades de realização de todos os cidadãos e cidadãs no que atina às relações de gênero, às performances vivenciais daí advindas e às orientações afetivo-sexuais – especialmente no que tange às(os) travestis, transexuais e transgêneras(os) de toda ordem.

A nossa Carta Magna não indica a homofobia como crime. Entretanto, em seu artigo 3º, inciso IV, traz como propósito primordial da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação”. Logo, a homofobia se enquadraria na parte “outras formas de discriminação”, classificada como delito de ódio, suscetível de sanção.

De acordo com Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 500) se faz necessário uma tipificação própria, da mesma forma que ocorre no crime de racismo (Lei nº 7.716/89):

As violações por preconceito e discriminação odiosos perpetradas contra estes indivíduos (dentro das quais destacam-se os homicídios transfóbicos, lesbofóbicos e homofóbicos) mereceriam, por exemplo, assim como o racismo, uma tipificação própria na legislação penal pátria (e, no caso dos aludidos homicídios, uma qualificadora pela motivação por preconceito de cunho sexual e/ou de gênero), mas tal ainda não ocorreu, especialmente em decorrência das concepções ideológicas de cunho doutrinário (de base religiosa), que jamais poderiam interferir nas decisões e nas estruturas decisórias de um Estado laico – como é o nosso.

A questão entorno da criminalização da homofobia gera polêmica, seja por concepções morais ou religiosas. Ao criminalizar, estaríamos assegurando e pondo em prática todos os direitos indispensáveis listados no artigo 5º da Constituição Federal, que diz:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Uma vez que a homofobia é gerada pela discriminação e hostilidade contra a sociedade LGBTI, exteriorizando atos de violência, para que determinada

conduta seja punida, é indispensável sua tipificação penal, isto está relacionado ao Princípio da Legalidade, fundamentado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, pelo qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 51) explica:

[...] Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Ainda que os crimes praticados contra LGBTI não tenham como única motivação o ódio ou aversão, expressaria um avanço considerável a tipificação da homofobia como crime. Destarte, a fim de que a conduta seja reconhecida, torna-se imprescindível que uma lei assim defina. À medida que não temos um projeto de lei aprovado que afirme direitos aos homossexuais, a impunidade permanecerá acarretando muitas vidas violadas, agredidas e ceifadas.

O Projeto de Lei nº 122 de 2006, visava criminalizar a discriminação motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, alterando a Lei do Racismo nº 7.716, equiparando ambas as formas de discriminações. A iniciativa foi da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), e trouxe o seguinte como justificacão:

A sociedade brasileira tem avançado bastante. O direito e a legislação não podem ficar estagnados. E como legisladores temos o dever de encontrar mecanismos que assegurem os direitos humanos, a dignidade e a cidadania das pessoas, independentemente da raça, cor, religião, opinião política, sexo ou da orientação sexual. A orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável a pessoa humana. E como direito fundamental, surge o prolongamento dos direitos da personalidade, como direitos imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e igualitária. Não trata-se aqui de defender o que é certo ou errado. Trata-se de respeitar as diferenças e assegurar a todos o direito de cidadania. Temos como responsabilidade a elaboração de leis que levem em conta a diversidade da população brasileira. Nossa principal função como parlamentares é assegurar direitos, independente de nossas escolhas ou valores pessoais. Temos que discutir e assegurar direitos humanos sem hierarquiza-los. Homens, mulheres, portadores de deficiência, homossexuais, negros/negras, crianças e adolescentes são sujeitos sociais, portanto, sujeitos de direitos.

O Projeto tinha como finalidade criminalizar qualquer discriminação, esclarecendo, assim, que não nos cabe diferenciar alguém pelo fato de se expressar sexualmente daquela ou de outra forma, fugindo ao padrão imposto pela sociedade.

Contudo, segundo consta, o Projeto foi aprovado em 2011 pela Câmara dos Deputados e, em 2015, arquivado no Senado Federal.

Neste sentido assevera Carlos Alberto de Carvalho (2012, p.102):

Nas diversas discussões sobre a criminalização da homofobia no Brasil, que historicamente têm esbarrado na intransigência dos grupos religiosos evangélicos e católicos no Congresso Nacional, a injúria tem sido deliberadamente confundida com a liberdade de expressão. É assim que as maiores resistências a tornar a injúria contra pessoas LGBTT, bem como outros crimes contra a honra dessas mesmas pessoas, passíveis de punição, estão na alegação de que a premissa da criminalização da homofobia traz embutida a restrição à liberdade religiosa.

O desígnio do legislador era garantir à sociedade LGBTI direitos idênticos aos heterossexuais, sem experimentar nenhum tipo de intolerância ou agressão física provocada pelo preconceito. No entanto, de acordo com Maria Berenice Dias (2014, p. 95)

O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegurem direitos à parcela minoritária da população que é alvo da discriminação.

Cumprir destacar que, dentre as violências sofridas com base na orientação sexual e identidade de gênero, a mais preocupante advém da denominada “transfobia”. Os transgêneros, travestis e transexuais tem vivenciado as mais variadas formas de violência e discriminação, sendo necessária sérias intervenções a fim de prevenir e coibir certas atrocidades. Mais uma vez, torna-se inadmissível a omissão por parte do legislador. Para Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 501):

A banalidade com que tal categoria/segmento populacional tem sido violentada (e assassinada) desperta a atenção para o fato de que ultrapassar as fronteiras construídas culturalmente para o gênero ainda é motivo de grande reprovação e de condenação socioculturais. Apesar de a transfobia ser detectada como móvel mais contundente de agressões/violências (e cometimentos de homicídios) por motivação estrita focada na intolerância/preconceito, as vítimas de tal sentimento odioso necessitam de um respeito efetivo que, antes, pressupõe uma educação para a liberdade de gênero – o que não é tão simples em uma sociedade que ainda trabalha no plano da lógica binária rígida que separa os corpos entre homens e mulheres com suas funcionalidades pré-definidas.

Não há explicação para o tratamento desumano, basta lidar com o indivíduo homossexual, bissexual, transexual, travesti ou transgênero da mesma forma em que o heterossexual, não o discriminando, mas, sim, respeitando. Para Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 528):

[...] é inadmissível discriminar uma pessoa por uma condição patológica sua, pelo sofrimento subjetivo que lhe é inerente pela citada dissociação de seus sexos físicos e psíquico. As pessoas merecem ser respeitadas por sua identidade de gênero, seja ela qual for não passando de profundo preconceito e profunda ignorância menosprezar alguém que se entende como pertencente do sexo biológico distinto daquele de seu corpo físico. Entenda-se a condição sexual como doença ou questão de gênero, merece o cidadão transexual respeito por sua característica transexual, não havendo qualquer motivo lógico-racional que justifique sua discriminação em relação aos não transexuais.

Nesse ínterim, cabe destacar que a criminalização da homofobia conteria o seguinte texto:

Todo e qualquer ato de violência, incitação à violência ou grave ameaça motivado pelo ódio, discriminação e intolerância em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero: Pena de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos. Caso a conduta do agente resulte na morte da vítima o aplica o art. 121 § 2º e § 4º do Código Penal Brasileiro.

Se enquadraria na tipificação de homofobia qualquer ato de violência motivado pelo ódio, rejeição ou intolerância, provenientes da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima. A prática da homofobia configuraria desrespeito aos direitos preservados na Constituição Federal de 1988, entre eles o da dignidade da pessoa humana.

Vale, por fim, pormenorizar o conceito de dignidade da pessoa humana de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 124 apud Rodrigo Alves da Silva, 2016, s.p.), segundo o qual:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Diante de toda exposição fica evidente a importância de uma norma que criminalize a homofobia, bem como os casos de violência, tendo em conta o preconceito e a repressão pela orientação sexual ou identidade do gênero do outro. Desta maneira, o Estado vedaria o tratamento indigno de pessoas por sua mera sexualidade. Uma vez que não se trata de escolha e, assim, não cessa por vontade própria, as expressões da sexualidade se igualam à heterossexualidade. Por essa razão, a livre manifestação da afetividade está protegida pelos direitos fundamentais, sendo inalienáveis dos seres humanos.

## 5 CONCLUSÃO

Levando em consideração importantes avanços, as expressões da sexualidade se movimentam, ainda que em passos largos, rumo à consagração em virtude da grande incidência na mídia, seja através de reportagens ou na própria literatura.

A história demonstra que os homossexuais sofreram perseguições durante séculos, julgados com monstruosidade e considerados pederastas, sodomitas e portadores de anomalias, ou seja, uma verdadeira aberração da natureza. Nesse ínterim, enquanto alguns a tratavam como uma patologia, outros, entendendo ser uma questão complexa, preferiam encarar como uma condição natural advinda da biologia e não de uma “simples” escolha.

À vista disso, durante muito tempo, qualquer pessoa que ousasse desviar do padrão heteronormativo, se submetia ao isolamento, assumindo vidas paralelas como forma de evitar e esconder comportamentos que causavam desprezo e rejeição, em outras palavras, discriminação e preconceito.

Com o passar do tempo, a união de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, entre outras expressões, travou uma árdua batalha na reivindicação de direitos. Uma batalha intensa que introduziu notáveis progressos: direito à adoção e direito ao casamento, por exemplo. Assim, é importante destacar que, progressivamente, a intolerância que permeia a comunidade LGBTI está perdendo força.

Nesse sentido, o direito à liberdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, certifica o direito à liberdade sexual, tendo como fundamento, inclusive, o princípio da dignidade humana que tem conteúdo variável nas diversas culturas e valores sociais. Logo, torna-se indispensável aplicar a gama de princípios fundamentais listados na Constituição Federal às relações sociais, visto que reconhecer os direitos fundamentais conferidos aos LGBTI's não transfere prejuízo e tampouco viola os mesmos direitos assegurados à coletividade.

Da mesma maneira, não reconhecer os direitos da pessoa humana, aspirando a discriminação pela expressão de sua sexualidade não comporta razões plausíveis, exceto fundamentado em pensamentos obsoletos e ponto de vista equivocado.

Delimitar direitos ou não os reconhecer constitui omissão estatal, possibilitando a nefasta divisão dos sujeitos, de um lado os cidadãos de primeira classe, que ostentam de todos os direitos e, na outra ponta, os de segunda classe, que desfrutam de direitos selecionados.

É nítido que as instituições sociais e jurídicas ainda sofrem imposição de um padrão patriarcal, atropelado por valores tão somente moralistas, sem qualquer característica igualitária.

Em decorrência disso é constatado o fenômeno da homofobia, que se instala através da condenação e abominação ao diferente, discriminação ao que se entende por anormal, sendo incontestável que determinada aversão instiga a invisibilidade, hostilidade e rejeição a direitos, de modo que a fim de minorar tamanho preconceito, é coerente que essa situação seja passível de amparo jurídico.

Por intermédio de políticas públicas a atuação do Poder Público dar-se-á, inegavelmente, de maneira positiva, delineando um viés preventivo e instrutivo no tocante à orientação sexual e identidade de gênero. Torna-se imprescindível a adesão de métodos que atestem que a heterossexualidade é uma expressão da sexualidade tão legítima quanto as outras, bem como a sua relevância jurídica não justifica o esmagamento daqueles que não a vivenciam.

Dessa forma a sociedade poderá aproximar-se de um costume íntegro e igualitário, em harmonia aos ideais de democracia tanto almejado, além de construir relações livres de estigmas.

Haja vista a inexistência de norma neste sentido, nos cabe uma reflexão: o silêncio a respeito das diversas expressões sexuais é atrelado à naturalização da heteronormatividade, encobrendo, assim, quaisquer outros sentidos da sexualidade. Ademais, o silêncio coopera com a homofobia, privilegiando o discurso que vincula a sexualidade à reprodução, de forma que torna legítima apenas a relação heterossexual.

Em suma, aos poucos, a chamada homoafetividade vem conquistando visibilidade social e jurídica, mas, apesar disso, somente os princípios constitucionais não garantem direitos à comunidade LGBTI. A Constituição Federal deve ser interpretada visando um processo progressivo de reconhecimento de direitos à coletividade, até mesmo para aqueles excluídos em virtude de sua expressão sexual.

Se faz necessário interpretar a Constituição Federal de modo a promover a inclusão, assegurando o direito à liberdade e à igualdade, pois somente a intolerância desvenda a forma como é tratada a comunidade LGBTI, discriminando-a. No mais, além de uma interpretação favorável, vem a ser necessário legislação específica dos direitos LGBT'Is, a fim de coibir comportamentos que atentem contra a dignidade em razão de sua mera expressão sexual.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, parágrafo único, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 39, p. 131-153, dez.-jan. 2007.

ANDRADE, Larissa. **Direito à identidade de gênero à luz da constitucionalidade do Direito Civil: análise do Projeto de Lei João W. Nery (PL nº 5.002/2013)**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40126/direito-a-identidade-de-genero-a-luz-da-constitucionalizacao-do-direito-civil-analise-do-projeto-de-lei-joao-w-nery-pl-n-5-002-2013>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988**. Jus Navigandi, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21999/homofobia-no-brasil-resolucoes-internacionais-e-a-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas**. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132374,61044-Diferentes++mas+iguais+o+reconhecimento+juridico+das+relacoes>> Acesso em: 05 jul. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Borrilo, Daniel. **O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da lei**. Revista Meritum, Belo Horizonte, v. 5, n. 2. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUTLER, Judith. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pósmodernismo**. Cadernos Pagu, n. 11, 1998.

\_\_\_\_\_. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

**BRASIL sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**.

CARVALHO, Henrique Rabello de. **Resolução mostra desigualdade jurídica com homossexual**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/henrique-carvalho-regra-cnj-mostra-desigualdade-juridica-homossexual>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

CARVALHO, Carlos Alberto de. **Jornalismo, homofobia e relações de gênero**. Curitiba: Appris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMBAÚVA, Fernanda Darcie. **Diversidade sexual e identidade “trans”: modificação do prenome e adequação do estado sexual como proteção jurídica à identidade de gênero**. Revista Liberdade. 2016. Disponível em: <

[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/28/DHumanos1.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/28/DHumanos1.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CID, Nuno de Salter. **Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar**. Revista Economia e Sociologia, Lisboa, n. 66, p. 189-235, 1998.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3227](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3227)> Acesso em: 09 abr. 2018.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. **Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana**. 3ª edição. São Paulo, 1994.

CORRÊA, Sônia. **O percurso dos direitos sexuais: entre margens e centros**. Bagoas: Revista de Estudos Gays. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Vol. 3, n. 4, jun. 2009.  
DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

**Código de Direito Canônico**. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família**. 23. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2011.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988**. In:

DROPA, Romualdo Flávio. **Direitos Humanos no Brasil: a exclusão dos homossexuais**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5230/direitos-humanos-no-brasil#ixzz28MOHA8oE>

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? O movimento homossexual e a produção de identidades coletivas nos anos de 1990**. Rio de Janeiro, Garamond, 2005.

\_\_\_\_\_. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. 2011. Disponível em: [http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos\\_tematicos/11/frames/fr\\_histórico.aspx](http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_histórico.aspx). Acesso em: 05 jun. 2018.

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade 2: o uso dos prazeres**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade 3: o cuidado de si**. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOSTER, Gustavo. **Cis, trans, pan, intersexual: entenda os termos de identidade e orientação sexual**. 2015. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/noticia/2015/03/cis-trans-pan-intersexual-entenda-os-termos-de-identidade-e-orientacao-sexual-4730566.html>. Acesso em: 07 mar. 2018.

FREUD, Sigmund. **Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. **Sobre as teorias sexuais das crianças**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. IX. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FRY, Peter, MACRAE Edward. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1985.

GERBASE, Ana Brúsolo. **Relações homoafetivas: direitos e conquistas**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas**. 2. ed. São Paulo: Ed. da UNESP, 1993.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da Relação Homoerótica**. In Revista da AJURIS, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUIMARÃES, Anibal. Os Princípios de Yogyakarta. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT mortas no Brasil**. 2017. Disponível em: < <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatísticas de assassinatos**. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/assassinatos-2012/>> Acesso em: 15 ago. 2018.

HEILBORN, Maria Luiza. **Ser ou Estar homossexual: dilemas de construção da identidade social**. In: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina (Orgs.). Sexualidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

HELMINIAK, Daniel A. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. São Paulo: Edições GLS, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Schwarcz, 2009.

INSTITUTO DISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2012. Disponível em: < <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf> >. Acesso em: 18 ago. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEY, Anna Maria Laydner Gaudie. **Um princípio da igualdade**. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 22 out. 1996.

MACRAE, Edward. **Movimentos Sociais e os direitos de Cidadania dos Homossexuais**. In: Angela Araujo. (Org.). Trabalho, Cultura e Cidadania. São Paulo: Scritta, 1997.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

MENIN, Márcia Maria. **Um novo nome, uma nova identidade sexual: o direito do transexual rumo a uma sociedade sem preconceitos**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.) *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MISKOLCI, Richard. **A teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. Revista Sociologias. Porto Alegre, 2009.

MOLINA, Luana Pagano Peres. **A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual**. Londrina: Antíteses, v. 4, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Bismael B. **Uma introdução à segurança pública e à política brasileira na atualidade**. Segurança Pública e direitos individuais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NAVARRO-SWAIN, Tania. **O que é lesbianismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Conceição; OLIVEIRA, João Manuel de (Orgs). **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero**. Lisboa: CIG, 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Micele Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Requisitos para a configuração da União Estável homoafetiva**. In: FERRAZ, Carolina Valença (coord.). Manual do Direito Homoafetivo. Editora Saraiva, 2013.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. **Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

**Princípios de Yogyakarta**. 2006. Disponível em:  
<[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)> Acesso em: 10 abr. 2018.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. BRASIL Ministério do Trabalho. Assessoria Internacional. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Brasil, gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: discriminação; teoria e prática**. Brasília: Ministério do Trabalho, 1998.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIFIOTIS, Theophilos. RODRIGUES, Tiago Hyra. (orgs.) **Educação em Direitos Humanos: discursos críticos e temas contemporâneos**. Florianópolis: UFSC, 2ª Ed., 2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Bruno. **Qual a diferença entre igualdade de gênero e orientação sexual.** 2016. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais.** Editora Mythos, São Paulo, 2004.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Fabris, 1999-2003.

\_\_\_\_\_. Os princípios fundantes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 2009.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. **Mobilização sexual e estado do Brasil:** São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.22, n.63, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

\_\_\_\_\_. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** In: Ingo Wolfgang

Sarlet (orgs.). **Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2010.

SILVA, Ariana Kelly Leandra Silva da. **Diversidade sexual e de gênero: a construção do sujeito social**. 2013. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-25912013000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912013000100003)>. Acesso em: 08 mar. 2018.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Cristiane Gonçalves da. **Orientação sexual, identidades sexuais e identidade de gênero**. 2015. Disponível em: <[http://www.comfor.unifesp.br/wp-content/docs/COMFOR/biblioteca\\_virtual/GDE/mod3/Semana3\\_Mod3\\_GDE.pdf](http://www.comfor.unifesp.br/wp-content/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/GDE/mod3/Semana3_Mod3_GDE.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SANTOS, Daniel Kerry. **As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia**. 2013. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epos/v4n1/07.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SPINILLO, Luana. **Identidade de gênero e diversidade sexual devem ser discutidos nas escolas**. 2015. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/identidade-de-genero-e-diversidade-sexual-devem-ser-discutidas-nas-escolas/>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.  
TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos dos homossexuais: legislação e jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: SRS, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Método, 2013.

VIEIRA, Helena. **Teoria Queer, o que é isso**. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

VIEIRA, Vanessa Alves. **Gênero e diversidade sexual nas escolas: uma questão de direitos humanos**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/genero-e-diversidade-sexual-nas-escolas-uma-questao-de-direitos-humanos-6727.html>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). **Diversidade sexual e homofobia no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.