



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Bacharelado em Direito

PEDRO LUÍS GUIMARÃES GASTAL

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA:
PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE**

BRASÍLIA

2020

PEDRO LUÍS GUIMARÃES GASTAL

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA:
PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva

BRASÍLIA

2020

PEDRO LUÍS GUIMARÃES GASTAL

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA:
PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva

BRASÍLIA, 04 de junho de 2020

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho às minorias sociais que lutam todos os dias contra a discriminação de um sistema opressor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha família. Sem vocês nada seria possível. Vocês são minha base. O amor e o apoio de vocês me ajudam a superar qualquer obstáculo.

Minha mãe, Karoline, por absolutamente tudo. Por sempre investir em mim, por acreditar que sou capaz, por me mostrar como lutar e conquistar. Obrigado por ser minha maior inspiração e minha mentora. Obrigado por me ensinar que cada pessoa tem seu valor! Você é meu exemplo! Estou conquistando essa etapa, pois você me proporcionou tudo. Obrigado por ser minha melhor amiga e minha maior fã. Eu te amo!

Bárbara, minha irmã, por ser minha amiga para todas as horas e por cada conversa. Obrigado por sempre estar ao meu lado. Obrigado por ser minha companheira de todas as lutas. Ao meu pai, Luís Edmundo, pelas reflexões e aprendizados. Obrigado por me ensinar que eu posso ser o que eu quiser e ser o melhor. Ao meu segundo pai, Oscar, por me apoiar e acreditar nas minhas decisões, me guiando para fazer o certo e o bem. Vocês são meus exemplos!

Minha madrinha, Karen, minha prima-irmã, Isabella, e minha afilhada, Giovanna. Cada uma de vocês ajudaram na minha formação de alguma forma, me enchendo de amor e carinho e isso me ajudou a ser quem sou hoje. Muito obrigado!

Aos demais familiares que me ajudaram a ser esse homem. Minhas avós, Maria Olívia e Cleusa, e meus avôs, Virgílio e Luís Fernando. Obrigado pelo amor incondicional de vocês e por todo o ensinamento que me ajudou a construir meu senso crítico bem aguçado. Raphael, meu primo, pelas conversas brilhantes sobre diferenças sociais e pelos ensinamentos de cada luta.

Giovanna, minha parceirinha, que ficou várias noites acordada comigo lendo textos e me ajudando a escrever. Obrigado por acreditar em mim e me incentivar a lutar pelo que acredito. Obrigado por me acalmar quando eu surtava com as datas finais.

Minha orientadora, Christine Peter, que me ajudou a concluir este trabalho da melhor maneira e me instruiu a escrever essa monografia que quis desde o começo do curso.

Aos meus amigos de faculdade e de mono, Wesley e Lucas. Obrigado por compartilharem as experiências e conhecimentos.

Epígrafe: “numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem traçou o modelo, porque tinha poder para ser o espelho e não o retratado. Preconceito tem a ver com poder e comando. (...) Todo preconceito é violência, toda discriminação é causa de sofrimento”, Carmén Lúcia.

RESUMO

A presente monografia tem como tema a criminalização da homofobia e transfobia, sob o olhar da omissão inconstitucional para o exercício de direitos fundamentais. A mora do Poder Legislativo afronta a Constituição Federal de 1988, de forma a excluir a luta contra práticas homofóbicas e transfóbicas. Em que pese alguns direitos fundamentais da população LGBT terem sido conquistados, como o casamento e a adoção, o silêncio estatal quanto à tipificação penal das práticas homofóbicas e transfóbicas geram um risco à vida, à dignidade, à liberdade e à igualdade dos homossexuais e transexuais. O art. 3º, IV, da CRFB, é autoexecutável. Dessa forma, as ações constitucionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal buscam diminuir o desrespeito com os direitos fundamentais reconhecidos pela CRFB. Analisando essas ações, se observa que o racismo não abrange somente a cor, mas sim qualquer oposição a um grupo específico de cidadãos. Assim, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto não for editada uma lei penal específica criminalizando atos homo e transfóbicos, tais discriminações serão abarcadas pela Lei do Racismo.

Palavras-chave: criminalização; homofobia; transfobia; STF; direitos fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO	Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros
MI	Mandado de Injunção
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

Introdução	4
Capítulo 1 – Estado democrático de direito	7
1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	7
1.2 Princípio da igualdade.....	8
1.3 Princípio da liberdade	11
1.4 Princípio da proporcionalidade.....	12
Capítulo 2 – Direitos da homoafetividade	13
2.1 História do reconhecimento	13
2.2Direitos da homoafetividade	18
2.3 Legislação internacional.....	23
Capítulo 3 – Necessidade de legislação específica.....	25
3.1 Projeto da Câmara 122/2006	25
3.2 Voto	26
Conclusão	43
Referências	46

Introdução

A presente monografia tem como tema a criminalização da homofobia e transfobia, sob o olhar da omissão inconstitucional para o exercício de direitos fundamentais, considerando-se a possibilidade da limitação do princípio da separação de poderes, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal substantivo, da igualdade e da liberdade.

Para tal fim, será investigada a proteção insuficiente contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, considerando-se os direitos fundamentais em ponderação, o entendimento da jurisprudência, com foco na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Não serão analisados aspectos penais e processuais penais do tema. O recorte temático, estritamente constitucional, pretende direcionar-se para a indispensabilidade da proteção criminal contra atos homofóbicos e transfóbicos, na sociedade brasileira, como uma exigência do exercício dos direitos fundamentais por parte da população de cidadãos e cidadãs brasileiras que são homossexuais e transexuais. Isto é, a partir dos direitos fundamentais, inerentes aos seres humanos, particularmente aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal substantivo, da igualdade e liberdade, será demonstrado que a ausência da legislação confere um desrespeito à Constituição, que também se dirige para a comunidade LGBT.

A escolha deste tema tem origem na necessidade, como corolário do devido processo legal substantivo, de proteger a minoria LGBT no Brasil. Os índices de exclusão social, principalmente no atual cenário político do país, sinalizam a dificuldade que os homossexuais e transexuais possuem para conviver de maneira digna e livre na sociedade brasileira.

Esse assunto tem grande relevância social e acadêmica, uma vez que encontra uma falha no ordenamento jurídico brasileiro positivado, quanto à tipificação específica das condutas homofóbicas e transfóbicas, gerando uma proteção insuficiente, e gerando uma inconstitucionalidade por omissão.

Essa pesquisa tem o intuito de dar força à luta contra a homofobia e transfobia, buscando modificar o pensamento heterossexista conservador que ainda é perceptível em pleno Século XXI. À luz da Constituição Federal de 1988, homenageada como Constituição Cidadã,

pretende-se demonstrar que a sociedade está em constante mudança e, com ela, suas normas fundamentais.

Dentro do contexto dessa pesquisa, enfrentar-se-á duas problemáticas: de que modo a ausência de proteção quanto à criminalização da homofobia e transfobia no ordenamento jurídico brasileiro está ofendendo a Constituição e como a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF, pôde restringir o âmbito de proteção de um princípio em relação a outro?

Para enfrentar esta dificuldade, serão usados, principalmente, os estudos e ensinamentos de Roger Raupp Rios (2006), José Afonso da Silva (2014), Robert Alexy (2014), Ingo Wolfgang Sarlet (2007) e Maria Berenice Dias (2006).

Assim, será realizado um tipo de pesquisa dogmático- instrumental, iluminada pela doutrina, nacional e estrangeira, sobre os diversos aspectos que envolvem a construção dos direitos LGBT, seus limites e possibilidades e sua relação com a insuficiência de proteção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto à tipificação penal. Para a riqueza do trabalho far-se-á uma análise dos argumentos dos votos dos relatores na decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e no Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF.

Serão utilizadas no âmbito desse trabalho a técnica de pesquisa levantamento de referências, a ser realizada na biblioteca do UniCEUB, além de bibliotecas jurídicas virtuais de sítios nacionais e internacionais, bem como em artigos de periódicos especializados. Também vai-se lançar mão da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, buscando extrair do material levantado as ideias que serão fontes para as discussões das hipóteses sobre o problema de pesquisa, preponderando, para tanto, no manejo da leitura analítica e na construção de paráfrases e comentários críticos do conteúdo pesquisado.

Inicialmente, serão apresentados os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, dando maior enfoque aos princípios da igualdade e do devido processo legal, na sua acepção substantiva, também chamado de proporcionalidade. Destaque para este último, o qual é usado como método de valoração nos conflitos de outros princípios, especialmente para fins

do presente trabalho do conflito entre o princípio da Separação de Poderes e os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

A história do reconhecimento e dos direitos adquiridos à homoafetividade no Brasil, como a união, a adoção de crianças, entre outros, fará parte de um segundo capítulo, no qual também serão registradas legislações internacionais de proteção à homossexualidade e à transexualidade.

Por fim, serão analisados os votos dos relatores do MI nº 4733 e da ADO nº 26 pelo STF, pretende-se problematizar a necessidade de aprovação do Projeto de Lei nº 122/2006.

Trata-se de tema que não era festejado pela doutrina brasileira, uma vez que se versa sobre uma minoria excluída pela sociedade, cujos direitos eram negligenciados, menos por esforço da Constituição Federal de 1988, mais pelas leis infraconstitucionais e pelo Poder Legislativo. A decisão do Supremo Tribunal Federal veio a mudar essa realidade, não sem polêmicas, não sem muitas críticas por parte de juristas e da própria sociedade civil. É o debate que apresento no trabalho e que convido à leitura.

Capítulo 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este é o princípio básico do Estado Democrático de Direito e é imprescindível para a compreensão da necessidade de proteção aos homossexuais e transexuais. A partir da dignidade, pode-se aplicar a igualdade e a liberdade do indivíduo. (RIOS, 2006)

Como bem conceitua a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) descreve:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 asseguram 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.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, abordou este princípio:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Assim, ao dispor na Carta Maior, o poder constituinte originário optou por reconhecer “*que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal*”. (SARLET, 2007, p. 80)

A Carta dos Princípios de Yogyakarta, conjunto de princípios concernentes à comunidade LGBT no âmbito internacional, descreve que a orientação sexual e a identidade de

gênero são essenciais à dignidade. Nesta Carta, observa-se que a dignidade está ligada com diversos princípios, tendo em vista que possui ampla serventia.¹

A doutrina anota: “A busca pela garantia e proteção de seus direitos é uma luta constante e extremamente atual das minorias sexuais (LBGT), sendo baseadas no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito princípio da igualdade, da dignidade da pessoa e da não discriminação” (BALESTRO; BAHIA, 2018).

Isto porque, é necessário que esteja sempre presente nas relações, sejam privadas ou públicas, o respeito à dignidade da pessoa humana, pois este é um princípio constitucional “supremo”. O Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal alemão, entende que este princípio está ligado diretamente à ideia de cidadania constitucional (BENDA *apud* MENDES, 2013).

1.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos pilares da democracia. Segundo Alexis de Tocqueville, a igualdade é algo essencial e inevitável para um estado democrático. Para José Afonso da Silva (2014), a igualdade é o signo da democracia.

O direito de igualdade consiste em afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, *caput*, CRFB). Não se admite discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos (PINHO, 2017).

Neste sentido, não deveria ser registrado qualquer tipo de tratamento desigual, por parte do Poder Público, aos homossexuais e heterossexuais, pois é necessário haver o respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, juntamente com outros valores fundamentais (BALESTRO; BAHIA, 2018). Seria diretamente decorrente da Constituição, por exemplo, a possibilidade da Seguridade Social para os homossexuais, o direito de herança entre casais homoafetivos, possibilidade de tratamento pelo SUS para as pessoas transexuais.

Vale salientar, aqui, que a Constituição Federal veda explicitamente todas as formas de preconceitos, como origem, raça, cor e sexo. Tais cláusulas não são taxativas, podendo abranger

¹ Os Princípios de Yogyakarta abrangem um conjunto de normas de direitos humanos e sua aplicação às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação que devem ser cumpridas pelos Estados. É uma Carta feita na reunião internacional de grupos de direitos humanos em Yogyakarta, na Indonésia, em novembro de 2006. Atualmente, esta Carta conta com 29 princípios.

qualquer tipo de discriminação, como a discriminação por orientação sexual, por identidade de gênero, por religião, por diversidade funcional (incapacitação), entre outras. (PINHO, 2017)

Contudo, não foi absorvido e concretizado de maneira clara pelo constitucionalismo brasileiro a proibição de discriminação por *orientação sexual*, uma vez que não foi encontrada, nos debates constituintes, uma expressão que não gerasse descontentamento insuperável. Com isso, inseriu-se o termo “quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CRFB) e “sem distinção de qualquer natureza” - art. 5º, *caput*, da CRFB (SILVA, 2006). Observa-se aqui uma negligência quanto à orientação sexual e a falta de proteção específica para os LGBT.

Além disso, a Carta Máxima impõe tratamento penal contra atos discriminatórios:

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

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

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

(grifei)

Esta norma constitucional que impõe tutela criminal pelo Estado, busca evitar a desigualdade entre “grupos dominantes” sobre “dominados”. Isto porque a preocupação com o princípio da igualdade possui forte apelo em uma sociedade plural.

Pois bem, a aplicação deste princípio não ocorreu de forma automática com a entrada em vigor da Constituição de 1988. Há possibilidade de haver tratamento desigual, desde que este seja feito para não deixar que a desigualdade já existente aumente. (PINHO, 2017)

Esta desigualdade já existente é verificada entre os grupos minoritários e majoritários da sociedade. O primeiro grupo pode ser definido como um conjunto de pessoas que de algum modo se encontra em desvantagem nas relações sociais em relação às majorias, podendo ser étnicos, sexuais, políticos, etc. “As minorias recebem quase sempre um tratamento

discriminatório por parte da maioria” (CHAVES, 1971, p. 149). Com isso, as desigualdades podem causar hostilidades em diversos setores da sociedade.

Para tanto, o Poder Legislativo criou leis para combater algumas desigualdades, visando proteger os mais frágeis: Lei do Racismo, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; lei sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; a lei que instituiu o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013; a Lei nº 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1º, desta lei); a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Note-se que essas leis, além de outras, dão um tratamento diferenciado para certas classes de indivíduos como forma de não permitir que a desigualdade entre esses grupos e os demais componentes da sociedade brasileira pudesse aumentar. Nesse viés, o Estado produziu normas para combater a desigualdade e promover o bem de todos, conforme dita a Constituição Federal de 1988. Como bem disciplina o Ministro Edson Fachin na ADI nº 4275/DF de sua relatoria:

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade de gênero (identificação com o sexo do nascimento). A identidade de gênero deve ser considerada como uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana. Cabe ao Estado apenas reconhecê-la como tal, nunca a constituir. O Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Desta forma, a Suprema Corte reconheceu aos transgêneros, independentemente da realização de cirurgia ou de tratamentos hormonais, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil.

Embora previsto na Constituição Federal o dever do Estado de combater qualquer discriminação, bem como reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da Constituição Federal), o combate contra a homofobia e transfobia permanece inerte. Não há normas no ordenamento jurídico brasileiro que proteja especificamente a comunidade LGBT, tendo em vista que os projetos de leis no congresso estão parados e alguns arquivados. Não há proteção específica para a discriminação quanto à orientação sexual e à identidade de gênero, ferindo o princípio da igualdade.

1.3 Princípio da liberdade

A sociedade brasileira foi, e talvez ainda seja, uma sociedade patrimonialista e heterossexista, na qual somente se aceita o conceito tradicional de gênero “masculino x feminino”. Este comportamento é imposto às pessoas e quem se diferencia destes padrões conservadores não é capaz de exercer de maneira integral seu direito de personalidade, bem como sua liberdade. (MARIN; MARIN, 2015)

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e visando redemocratizar o país, trouxe como um dos principais fundamentos o direito à liberdade. Neste sentido, José Afonso da Silva (2014) defende que é no Estado Democrático que a liberdade encontra campo de extensão.

Dessa maneira, o Estado deve não somente dispor da liberdade, mas também apresentar meios para garanti-la e protegê-la, uma vez que, disposto esse direito na constituição, dá ao cidadão um estímulo para usufruí-lo. (ALEXY, 2014)

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291/DF, não recepcionou as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” do Código Penal Militar, respeitando o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo.²

Em que pese a necessidade da proteção do exercício da liberdade por uma pessoa, esta não pode ser simplesmente entregue de qualquer maneira. Daí a famosa frase: a liberdade de uma pessoa acaba quando começa de outra. Neste sentido, Robert Alexy (2014, p. 220), baseando no entendimento de Gerald C. MacCallum, explica que a liberdade de uma pessoa é o conjunto de suas liberdades específicas e a liberdade da sociedade é a soma das liberdades das pessoas que nela vivem.

Desse modo, garantir o direito do exercício da liberdade de um indivíduo, é assegurar a liberdade de uma sociedade. Não pode ser admissível pelo Estado a imposição de um ideal sobre o outro, uma vez que se não houver respeito à liberdade individual de um cidadão, esta será esmagada. (MOSSÉ-BASTIDE abud SILVA, 2014)

² STF. ADPF 291/DF 9991723-76.2013.1.00.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento 28/10/2015, data da publicação 10/05/2016.

1.4 Princípio da proporcionalidade

Este princípio é usado como instrumento para as resoluções dos conflitos entre os demais princípios, muitas vezes ligado ao princípio da razoabilidade. Por meio dele é possível sopesar os valores e desvalores nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário. (CIMADON; MINIKOSKI, 2012).

Embora este princípio não ser expresso na CRFB, tem fundamento no art. 5º, LIV, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 250) explica que em razão do devido processo legal substantivo, ou material, o Poder Judiciário pôde exercer alguns controles de mérito sobre a discricionariedade do Poder Legislativo, o que concretizou em um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, especialmente da liberdade em face ao poder político.

Motta (2003, p. 147), por sua vez, entende que este princípio é a “garantia de proteção aos cidadãos contra os abusos do poder estatal e deve servir de apoio ao juiz para decidir os problemas de compatibilização e concretização das normas constitucionais.”

Em sua obra “*A Theory of Legal Argumentation*”, Robert Alexy (1989) afirma que a ponderação só poderia gerar julgamentos racionais quando os argumentos utilizados são possíveis de justificação para os argumentos jurídicos utilizados na decisão. Assim, não basta utilizá-los de qualquer maneira, mas de modo em que a aplicação de um princípio sobre outro tenha uma argumentação possível de diminuir a aplicação deste.

Mesmo não disposto explicitamente na Constituição Federal de 1988, este princípio está aderido ao Direito Constitucional Brasileiro, pois garante ao cidadão e à sociedade acautelarem valores fundamentais. (BONAVIDES, 1994)

Como bem explica o Barroso (2019, p. 254):

[...] o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor

ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

É possível notar que a aplicação deste princípio não se dá de forma automática, nem por um simples processo lógico-silogístico. Para sua incidência, é preciso observar o núcleo essencial dos princípios em sopesamento, pois que o princípio que está sendo restringido não pode ser aniquilado para a expansão do âmbito de proteção do outro princípio. A argumentação e fundamentação argumentativa são os únicos meios aptos a justificarem esse sopesamento.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS DA HOMOAFETIVIDADE

2.1 História do reconhecimento

No tempo da Idade Média, o “homossexualismo” era considerado uma diminuição nas faculdades mentais, sendo um mal contagioso advindo de defeito genético. Ao longo dos anos, tentou-se mudar o comportamento tido como desviante utilizando diversos métodos, contudo todos os resultados foram negativos. (DIAS, 2006)

Há 50 anos (1969), um bar de Greenwich Village, em Nova Iorque, foi cenário para a “Rebelião de Stonewall”, a qual foi um movimento de luta contra a repressão policial que gays e, principalmente, *trans* sofriam. Assim, iniciou-se um amplo movimento político nos Estados Unidos, que fortaleceu a luta LGBT. A rebelião foi um evento que simbolizou o advento de um novo movimento social e que é comemorado até os dias atuais com a Passeata Anual do Orgulho Gay em vários países. (GREEN, 2010)

Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da classificação de patologias³. Em 1985, no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina aceitaram a homossexualidade como algo natural⁴. Em 17 de maio de 1990, a OMS decidiu retirar a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças

³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V). Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013.

⁴ Conselho Federal de Psicologia. Nota Pública. In: Comissão Nacional de Direitos Humanos apoia decisão do CFP. CFP Notícias, 06 ago. 2009. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/nota-pblica-comisso-nacional-de-direitos-humanos-apia-deciso-do-cfp/>. Acesso em: 12 out. 2019

(CID), pois “a homossexualidade *per se* não está mais incluída como categoria na CID-10”. Contudo, somente entrou em vigor em 1993⁵.

Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia emitiu a Resolução nº 01/1999 que determinava as seguintes práticas pelos psicólogos:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Antes chamada de “transexualismo” ou “transtorno de identidade de gênero”, a condição das pessoas *trans* deixou de ser considerada patologia pela mais recente versão do manual diagnóstico e estatístico de doenças mentais (5ª edição de DSM-V⁶) em 2012.

⁵ Organização Mundial da Saúde. CID-10 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; 1997. vol.1.

⁶ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V). Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013.

Esse encadeamento de acontecimentos consolida o entendimento no meio científico que ser um LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, sendo tão saudável quanto ser um heterossexual (BALESTRO; BAHIA; 2018).

A luta pelo reconhecimento é constante. Em 1997, em São Paulo, ocorreu a primeira “Parada do Orgulho LGBT” do Brasil, contando com cerca de 2000 pessoas. A Professora Luana Pagano Molina (2011, p. 956) fez o seguinte apontamento sobre este movimento social:

O movimento objetiva a construção do sujeito, responsável pelas mudanças divisões, posturas, hábitos e transformação das pessoas a partir de um conhecimento de si e do mundo. De forma consciente o movimento gay surgiu a partir de uma preocupação com o entendimento do mundo, com a tentativa de esclarecer e dominar os parâmetros de sua organização e de classificação da homossexualidade; e com a demanda de desconstruir as identidades homossexuais cristalizadas em busca de possibilidades de vivências mais positivas.⁷

Em 2004, foi criado o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGBT e de Promoção da Cidadania de Homossexuais, denominado de “Brasil sem Homofobia”. O Programa seria um reflexo da consolidação de avanços políticos, sociais e legais duramente conquistados pela comunidade LGBT. Um dos objetivos centrais, registrado no programa, era “a atitude positiva de sermos firmes e sinceros e não aceitarmos nenhum ato de discriminação e adotarmos um ‘não à violência’ como bandeira de luta.”⁸

Vincent Defourny, representante da UNESCO no Brasil, emitiu uma nota parabenizando a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) e o Ministério da Educação pela iniciativa e relatando que o Programa estaria adequado à faixa etária destinada, de acordo com a Orientação Técnica Internacional sobre Educação em Sexualidade publicada pela UNESCO em 2010. Ainda, o material contribuiria para a redução da discriminação e promoveria uma escola mais igualitária e de qualidade para todos.⁹

⁷ MOLINA, Luana Pagano Peres. A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual. *Antíteses*, v. 4, n. 8, p. 949-962, jul./dez. 2011.

⁸ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

⁹ Conselho Federal de Psicologia. Notícias. In: UNESCO APROVA OS MATERIAIS EDUCATIVOS DO PROJETO ESCOLA SEM HOMOFOBIA. CFP Notícias, 23 de fev. de 2011. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/unesco-aprova-os-materiais-educativos-do-projeto-escola-sem-homofobia/>. Acesso em: 12 out. 2019

Entretanto, o Programa foi desqualificado nacionalmente pela interpretação de que seria um incentivo à homossexualidade infantil. O atual Presidente, Jair Bolsonaro, Deputado Federal na época, imprimiu 50 mil panfletos desqualificando o programa e citando que ele seria usado para transformar crianças de 6 a 8 anos em homossexuais. Nas acusações feitas, o Programa ficou pejorativamente conhecido como “Kit Gay”. Assim, após pressão de setores conservadores da sociedade e do Congresso Nacional, Dilma Rousseff suspendeu o projeto em 2011.¹⁰

Em 2008, o ex-presidente Luís Inácio, convocou a I Conferência Nacional de Políticas Públicas para a População LGBT, em Brasília. Nesta reunião foi feito o Plano Nacional de Políticas Públicas para População LGBT e elaborada uma minuta de Projeto de Lei de um Estatuto da Cidadania LGBT com o intuito de garantir direitos civis, sociais, econômicos e políticos para a população. Após esta conferência, foram realizadas outras duas, sendo a última concretizada no ano de 2016 com o tema “Por um Brasil que criminaliza a violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”¹¹.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.277 que possibilitou a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Com essa decisão, os casais homoafetivos teriam os direitos que eram apenas previstos para casais heterossexuais, como direito de comunhão parcial de bens; direito à pensão alimentícia, direito à pensão do INSS em caso de morte do companheiro, direito de ser dependente no plano de saúde do parceiro, direito a adoção sem a preferência para casais heterossexuais.

Embora a decisão do STF tenha sido um avanço na luta contra às desigualdades entre heterossexuais e homossexuais, não era permitido o casamento. Este só foi possível em 2013 com a Resolução do CNJ nº 175¹², de 14 de maio de 2013, seguindo o fundamento do art. 226, da Constituição Federal de 1988, c/c com o art. 1.726¹³, do Código Civil, que veda a recusa do

¹⁰ RÖTZSCH, Rodrigo Bolsonaro leva panfleto antigay a escolas. *In*: Folha de São Paulo. São Paulo: Folha de São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1105201118.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹ CODEPLAN, Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. *In*: UM OLHAR SOBRE A POPULAÇÃO LGBT NO DISTRITO FEDERAL. Brasília, out. 2017. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Um-olhar-sobre-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-no-Distrito-Federal.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

¹² Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013. Publicada no Diário de Justiça nº 89/2013, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 11 Nov. 2019.

¹³ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

registro do casamento civil e permite o requerimento da conversão da união estável em casamento, através de um pedido dirigido ao juiz e assentado no Registro Civil.

A ex-presidente Dilma Rousseff, em seu governo, assinou o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, o qual dispunha “*sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.*” Neste marco, as pessoas *trans* e *travestis* adquiriram o reconhecimento a sua identidade, ao seu nome.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, momento que reconheceu o direito à pessoa transgênero a alteração do prenome e do sexo no registro civil sem a necessidade da cirurgia de mudança de sexo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

(STF. ADI 4275/DF 0005730-88.2009.1.00.0000. Tribunal do Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 01/03/2018, data da publicação: 07/03/2019)

Tais direitos de reconhecimento foram “os primeiros passos” para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, que declinou o entendimento para uma interpretação mais abrangente da aplicação da Lei do Racismo, Lei nº 7.716/1989.

Neste julgamento, que será abordado no capítulo 3 desta monografia, a Ministra Carmen Lúcia elucidou em seu voto:

Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é diferente, o transexual é o diferente, diferente de quem traçou o modelo porque tinha poder para ser o espelho. Preconceito tem a ver com poder e comando. Quem submete outro é mandante. Não há como desconhecer a inércia contrastante à Constituição pelo legislador brasileiro. A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie! Vale a força, nega-se o direito, prevalece a brutalidade, degradam-se os valores constitucionalmente afirmados.¹⁴

Nesta mesma linha de pensamento, o Professor da Universidade de Columbia, Ronald Bayer (2015, p. 8), afirmou:

A luta pela libertação gay foi profundamente influenciada pelos direitos civis e movimentos feministas de meados e final da década de 1960. Como os negros, os homossexuais começaram a se ver como uma minoria oprimida ferida não apenas pelo arranjo das instituições sociais, mas também por padrões ideológicos profundamente arraigados que, de maneira sutil e flagrante, lhes negavam dignidade. Como o racismo, a anti-homossexualidade exigia uma crítica sociocultural totalmente desenvolvida e um ataque político. E os homossexuais, como as mulheres, começaram a desafiar os padrões dominantes de sexualidade. O sexismo era, assim, percebido como o reflexo ideológico do poder dos heterossexuais masculinos incapazes de reconhecer os desejos eróticos das mulheres ou dos homossexuais.

Nota-se que este posicionamento é adequado e necessário, uma vez que não há proteção específica na esfera criminal para atos tidos como homofóbicos e transfóbicos no Brasil. Trata-se de um movimento que encontra dificuldades para sua livre manifestação. Como já exposto no capítulo 1, no ordenamento jurídico brasileiro há a lei contra práticas racistas e legislação também para a proteção da mulher. Contudo, estamos diante de uma mora legislativa quanto à lei de proteção aos LGBT. (COLLING, 2011)

2.2 Direitos da homoafetividade

Com diversas lutas para o reconhecimento, o grupo LGBT conseguiu muitas conquistas. Dentre os direitos adquiridos, a possibilidade de constituir uma família foi uma enorme vitória.

¹⁴ RAMON, Janaina. Homofobia e transfobia são finalmente criminalizados pelo STF. *In*: Justificando. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>. Acesso em: 05 nov 2019

Antigamente, as uniões homoafetivas eram intituladas “sociedades de fato”, fazendo com que um partícipe da relação tivesse que provar a efetiva participação na aquisição de bens durante o convívio. (DIAS, 2006)

Isto pois, o Código Civil de 2002 anuncia que o casamento é celebrado no momento em que o homem e a mulher manifestam sua vontade¹⁵, bem como reconhece como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher¹⁶. Depreende-se do dispositivo legal que casais homoafetivos não teriam esses direitos e, por consequência, não beneficiariam dos direitos decorrentes da união.

Essa ideia patrimonialista possuía a concepção de família reprodutiva. Contudo, com a invenção dos métodos anticonceptivos, retira o sexo da reprodução; com a criação da inseminação artificial, retira a reprodução do sexo. Agora, como a procriação não está mais restrita na relação de duas pessoas de sexos opostos, não existem motivos para a ignorância e a oposição dos direitos da relação homoafetiva. (DIAS, 2006)

Como as normas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 não prevê expressamente que uma família poderia ser composta por pessoas do mesmo sexo, gera a dificuldade de tal manifestação familiar. (NAHAS, 2006)

Com efeito, Roger Raupp Rios (2006), ressalta que pela falta de proibição expressa à união homoafetiva, a inclusão das uniões homossexuais dentro do âmbito da união estável, por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de igualdade), deve-se aplicar o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, pelo qual a interpretação do dispositivo constitucional necessita das demais normas constitucionais.

Partindo da ideia de ausência específica, analisa-se a família aos olhos do princípio da afetividade. Segundo este núcleo, não há qualquer óbice para que um casal do mesmo sexo possa ser uma família, sendo esta família sob a tutela do Estado. (DIAS, 2011)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou o entendimento de que o afeto possui valor jurídico, em que pese não estar positivado no direito brasileiro. Em diversos julgados, o

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

Superior Tribunal de Justiça adotou a postura de fazer prevalecer a relação afetiva em relação à própria relação biológica.¹⁷

Nesta trajetória de direitos à união homoafetiva, em 2000, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou a Ação Civil Pública¹⁸, ajuizada pelo Ministério Público Federal, decidindo por estender os benefícios previdenciários aos casais homossexuais em todo o território nacional. Com isso, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) editou a Instrução Normativa nº 25/2000¹⁹ adotando a concessão de benefícios previdenciários, como o auxílio por morte e o auxílio-reclusão, ao companheiro ou companheira homossexual.

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, prevê a possibilidade da união homoafetiva feminina:

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

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

¹⁷ REsp nº 833.712/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 04.06.2007. [REsp nº 1.167.993/RS](#). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 18.12.2012; REsp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

¹⁸ TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DJ 10/08/2005

¹⁹ <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=74818>

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

(grifei)

Esta lei traz um grande avanço jurídico na questão familiar homoafetiva. Maria Berenice Dias (2011) explica que pela primeira vez foi consagrada na legislação infraconstitucional a relação homoafetiva entre mulheres. Isto porque a lei protege a mulher no âmbito familiar e, tendo em vista que o parágrafo único do art. 5º desta lei afirma que independe da orientação sexual, provoca dizer que a relação homoafetiva entre mulheres configura uma entidade familiar. Analogamente, a doutrina abrange a configuração do conceito de entidade familiar disposta na lei para união entre homens aplicando o princípio da igualdade.

Em 2008, o Conselho Nacional Imigração publicou a Resolução Normativa nº 77/08²⁰, que concedia o visto de permanência ao parceiro ou parceira que vive em união homoafetiva com brasileiro ou brasileira.

Vale frisar novamente sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, que reconheceram a união estável para os casais do mesmo sexo. As decisões destacaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da intimidade e da vida privada, constantes nos arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, X, da CRFB. Além disso, ressaltou que é vedada qualquer discriminação de pessoa em razão do sexo, seja pela dicotomia homem/mulher, seja pelo plano da orientação sexual de cada qual deles. A decisão que possui efeito vinculante *erga omnes* determina que ninguém será privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica em razão da orientação sexual.²¹

Ainda, o julgamento determinou que fossem aplicadas as mesmas regras da união estável heteroafetiva. Isto significa iguais direitos quanto ao direito sucessório, pensões alimentícias, seguridade social, direito de imigração, propriedade conjunta, entre outros.

²⁰ Resolução Normativa nº 77, de 29 de janeiro de 2008. Publicada no Diário Oficial em: 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAw&filtro=1&Data=>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²¹ STF. ADI 4277/DF 0006667-55.2009.0.01.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, data do julgamento 05/05/2011. Data da publicação: 13/10/2011)

Com base nesse precedente, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.183.378/RS²² que reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O entendimento da Corte baseia-se na justificativa da pluralidade de arranjos familiares existentes, não podendo “ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.”

Conforme exposto anteriormente, considerando os julgados do STF e do STJ, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução nº 175/2013, a qual determinou ser vedada a recusa de habilitação, celebração de casamento civil e conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo pelas autoridades. Segundo o ex-Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do STF e do CNJ à época da edição da resolução, foi “o conselho está removendo obstáculos administrativos à efetivação de decisão tomada pelo Supremo, que é vinculante”²³.

O STJ decidiu em 2010, por meio do Recurso Especial nº 889.852/RS, que a possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais estaria, obrigatoriamente, associada à busca de proteção dos direitos das crianças. Ainda, relatou que estudos fundamentais sobre a adoção por casais homossexuais indicam que a criança seria mais influenciada pela qualidade do vínculo e do afeto inserido no vínculo familiar, sem indicar qualquer inconveniente relacionado à orientação sexual dos cuidadores em si. Esta questão foi consolidada pelo STF no julgamento da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, supracitados.

Em 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) emitiu a resolução nº 1.482/97, a qual autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização como tratamento dos casos de transexualismo, com o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico, em hospitais públicos ou hospitais universitários adequados à pesquisa. Somente em 2008, o Ministério da Saúde (MS), através da Portaria nº 1.707/2008, incorporou os procedimentos transgenitalizadores às mulheres transexuais ao Sistema Único de Saúde (SUS).

²² STJ. REsp 1183378 – RS 2010/0036663-8. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 25/10/2011, data da publicação 01/02/2012

²³ BILIARDO, Rafael. CNJ autoriza casamento gay em cartórios. In: Consultor jurídico. 14 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>. Acesso em: 11 Nov. 2019.

Em 2013, o MS ampliou o Processo Transexualizador do SUS às pessoas travestis e aos homens transexuais através da Portaria nº 2.803/13. (ROCON, PABLO)²⁴.

2.3 Legislação internacional

O Tratado de Augsburg, em 1555, foi o primeiro documento conhecido a registrar uma proteção de minorias. O Tratado é voltado a minorias religiosas e representava uma tolerância oficial dos luteranos no Sacro Império Romano-Germânico. Assim, buscava tolerância religiosa e igualdade. Essas ideias foram reforçadas com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (CASELLA, 2013, p. 182)

A proteção de minorias somente ganhou destaque após a Primeira Guerra Mundial com a criação da Liga das Nações. Entretanto, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e a falha da Liga das Nações, a proteção de minorias mudou. Em 1945, ocorreu a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual ficou responsável por essa proteção. O art. 1º da Declaração das Nações Unidas sobre Minorias prevê que “as minorias são aquelas baseadas em identidade: nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística”, conseqüentemente, as minorias sexuais não estariam incluídas no rol de proteção. Assim, não havia um conjunto normativo para proteger internacionalmente essas minorias sexuais. (OLIVEIRA, 2017)

Não obstante, ainda hoje são presentes impedimentos ao direito de exercer a liberdade sexual. Segundo os dados obtidos pela *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA), cerca de 70 países consideram a relação entre pessoas do mesmo sexo como crime. No Irã e na Arábia Saudita, por exemplo, é previsto a pena de morte para homossexuais²⁵.

Na América do Sul, o Chile enquadra como crime a relação carnal entre pessoas do mesmo sexo nas idades de 14 a 18 anos, conforme dispõe o art. 365 do Código Penal²⁶. Porém, não é tipificado como crime as relações carnavais heterossexuais entre 14 a 18 anos. O mesmo código aponta que desde os 14 anos o indivíduo tem idade suficiente para responder à matéria penal, pois pode compreender as conseqüências que implica matar ou roubar, mas não

²⁴ ROCON, Pspablo Cardozo; SODRE, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 260-269, Sept. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

²⁵ https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf

²⁶ Art. 365. *El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a médio.*

possuindo maturidade suficiente para decidir se quer ter relações sexuais de caráter homossexuais.²⁷

Em contrapartida, há diversas Constituições pelo mundo que explicitam, em seus textos a proibição da discriminação por orientação sexual: África do Sul (1996), Equador (1998), Suécia (2003), Portugal (2005), Kosovo (2008), Bolívia (2009), México (2011), Fiji (2013), Malta (2014) e Nepal(2015). Em que pese certos países não tenham contemplado a proteção contra a discriminação às minorias sexuais em suas constituições, há previsões infraconstitucionais que positivam essa segurança²⁸.

Na esfera cível, a Dinamarca se destaca como sendo o primeiro país a reconhecer, em 1989, a união entre homossexuais, autorizando o registro da união e estendendo os mesmos direitos das uniões heterossexuais. Aproximadamente 10 anos depois, foi permitido a adoção do filho do companheiro ou companheira por casais homossexuais ligados por união civil. Em 2009, foi concedido a um casal homoafetivo a adotar, em conjunto, uma criança.²⁹

A Noruega, em 1993, proporcionou aos casais homoafetivos o registro civil perante as autoridades civis. Em 1995, a Suécia permitiu a assinatura do sobrenome do cônjuge, além dos mesmos direitos dos casais heterossexuais. (DIAS, 2006)

Na França, ressalta Maria Berenice Dias (2006), foi criado o Pacto Civil de Solidariedade (PACS) em 1999. Este pacto se tornou uma alternativa ao casamento, podendo ser celebrado por qualquer casal, homo ou heteroafetivo, gerando obrigações entre as partes. Contudo, este contrato era de ordem administrativa e não abarcava o direito da família no ordenamento jurídico francês.

A sociedade está em constante mudança e, dessa forma, as normas devem acompanhar as novas culturas. Os direitos conquistados pela comunidade LGBT representa um progresso social e o Estado possui a função de garanti-los e criar meios para sua efetiva concretização. É o que se observa nas legislações internacionais e dos demais países do planeta.

²⁷ ROMÁN, Calos Barría. Lei e homossexualidade no Chile. Lacan XXI: revista fapol online. Publicado em: 22 out. 2018. Tradução: Maria Cristina Vignoli. Disponível em: <http://www.lacan21.com/sitio/2018/10/22/lei-e-homossexualidade-no-chile/?lang=pt-br>>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

²⁸ https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf

²⁹ <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/relatos-reais-sobre-adocao/-a-adocao-feita-por-homossexuais-batalhas-e-vitorias-legais.aspx>

CAPÍTULO 3 – NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

3.1 Projeto da Câmara 122/2006

O Projeto de Lei (PL) 5003/2001, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), foi apresentado na Câmara dos Deputados no dia 07/08/2001.

Em 31/01/2003, o PL foi arquivado nos termos do Artigo 105, do RICD:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:
(...)

Entretanto, em 18/02/2003, a Deputada Iara Bernardi apresentou o Requerimento de Desarquivamento de Proposições e, em 21/03/2003, o PL foi desarquivado nos termos do Artigo 105, parágrafo único³⁰, deste regimento.

Somente em 23/11/2006, houve a votação da Redação Final, a qual foi aprovada e, assim, a Matéria foi encaminhada ao Senado Federal.

No dia 12/01/2011, o PL foi arquivado em razão do final da Legislatura nos termos do art. 332, do Regimento Interno do Senado Federal.

Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

No dia 08/02/2011, foi lido e aprovado o Requerimento de Desarquivamento, tendo como primeira signatária a Senadora Marta Suplicy. Uma vez que já se encontrava instruída pela Comissão de Assuntos Sociais, a matéria voltou ao exame da Comissão de Direitos

³⁰ Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Humanos e Legislação Participativa e, posteriormente, foi à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Apesar de várias tramitações, no dia 26/12/2014, o PL foi arquivado mais uma vez, ao final da 54ª Legislatura, nos termos do art. 332, do RISF, e do Ato da Mesa nº 2, de 2014. Até 2020, o PL continua arquivado, sem mudanças efetivas na Lei.

O Projeto tem como finalidade a alteração da Lei nº 7.716/89 para incluir no rol de crimes discriminatórios de racismo a orientação sexual e a identidade de gênero, com as consequentes alterações e adições normativas; a adição do § 3º ao art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, Código Penal; e o aditivo do parágrafo único ao art. 5º, do Decreto-Lei nº 5.452/1943, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

3.2 Voto

O Supremo Tribunal Federal julgou, no dia 13 de junho de 2019, o Mandado de Injunção 4.733/DF, relatoria do Ministro Edson Fachin, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo.

A Suprema Corte reconheceu, por maioria de votos, a mora e a omissão legislativa do Congresso Nacional por não ter editado a lei que tipificasse a discriminação por homofobia e transfobia. Foi votado procedente o pedido de enquadramento desses atos discriminatórios como tipo penal definido na lei do racismo, por 8 a 3, até que seja aprovada lei específica sobre a matéria.

No julgamento do Mandado de Injunção 4733/DF, o Ministro Edson Fachin abordou, de início, os requisitos de admissibilidade do mandado de injunção, tanto da impetrante quanto da via adotada. Em relação esta, o entendimento do próprio STF que é necessário haver, de maneira concomitante, o direito à legislação no próprio texto constitucional e a imposição do dever estatal de legislar.

Ora, ambos os requisitos estão claros no texto do art. 5º, XLI, da CRFB, o qual determina que a *“lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*. Observa-se uma norma de eficácia contida que garante a proteção penal contra os atos de discriminação, abarcando a homofobia e transfobia, mas que precisa de uma lei regulamentadora.

Aqui se faz necessário explicar sobre a força mandamental do Mandado de Injunção, como bem ressalta o ministro relator.

Este remédio constitucional possuía um tratamento consultivo. Após os julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, a Suprema Corte adotou um posicionamento concretista, o que foi usado para efetivar o direito de greve dos servidores públicos federais civis. Nesta ocasião, o Tribunal concedeu uma tutela específica ao direito subjetivo de greve em vista à falta de norma regulamentadora. Este entendimento foi confirmado no julgado do MI 795/DF, sobre a aposentadora especial do servidor público.

Em 2016, foi editada a Lei nº 13.300 que disciplina o processo e julgamento do Mandado de Injunção. Em seu art. 2º, a lei dispõe que será concedido o mandado de injunção sempre que a falta, total ou parcial, de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Resta clara que a ausência da exata punição à discriminação de orientação sexual e identidade de gênero inviabiliza o direito da pessoa de ser. Impossibilita o indivíduo de exercer seu direito de igualdade, de liberdade e de ser respeitado com dignidade, bem como de se sentir protegido pela lei penal. Ainda, transcrevendo o art. 8º da referida lei:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Observa-se que não se trata de um mero ativismo judicial ou de desrespeito ao princípio da separação dos poderes. A própria lei sanciona que, sendo reconhecida a mora legislativa, seja determinado o prazo e as condições para o exercício do direito.

Assim, conforme explicita o i. Ministro, a força do mandado de injunção em questão está na própria norma constitucional do art. 5º, XLI, o qual contém o mandato de *“criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do*

Congresso Nacional, comporta, até que seja suprima, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à descriminalização”.

Ainda, vale destacar que a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional não afasta a mora legislativa. Segundo entendimento firmado pela ADI 3.682, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, “*é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar*”. Isto é, não basta o projeto de lei estar tramitando no Poder Legislativo, é necessário que esteja em deliberação.

O Projeto de Lei nº 122/2006 foi arquivado no Senado Federal por falta de movimentação. A mora quanto a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero é ainda mais grave, foi seletiva. O Projeto está arquivado desde 2014. O próprio impetrado abandonou o direito de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana quanto à comunidade LGBT.

Assim, segundo o i. Relator, o mandado de injunção é a garantia para o efetivo exercício do direito protegido pelo mandado de criminalização.

A ausência de proteção específica fica ainda mais clara quando analisada as notícias sobre os atos de discriminação contra a comunidade LGBT. O relator aponta os números de violências no Brasil registrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Os dados são repugnantes. Traz, também, relatórios sobre o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero no país.

Superada a admissibilidade procedimental, o voto analisa o mérito do *writ*, avaliando os direitos contrariados devido a mora legislativa, dos quais o direito à dignidade da pessoa humana se destaca, uma vez que é o ponto de partida para os demais princípios e direitos, conforme fundamentado anteriormente.

Foi reconhecido que qualquer tipo de discriminação é atentatório ao Estado Democrático de Direito e, para essa análise, foi preciso considerar a definição e entendimento sobre orientação sexual e identidade de gênero. Assim, o i. relator trouxe diversos conceitos, como o da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/17; do entendimento do STF pelo julgamento da ADI 4.277, da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Além disso, indicou os desdobramentos desses reconhecimentos, como direito à liberdade de orientação sexual, decidido na ADPF 291, da relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso; o direito à igualdade sem discriminação a identidade ou expressão de gênero, pelo julgamento da ADI 4.725, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Apresentou também os entendimentos nos tribunais internacionais, de forma a demonstrar que a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero é atentatória ao direito de igual dignidade.

Em seu voto foi citado o caso *Toonen v. Australia*, julgado pelo Comitê de Direitos Humanos, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, novamente comentou da Opinião Consultiva OC-24/17 e ressaltou que a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que esta formulação feita pela Corte Interamericana é representativa dos direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Depreende-se, portanto, que a discriminação homofóbica e transfóbica é atentatória aos princípios e garantias constitucionais e fundamentais do Estado de Direito, exigindo, conforme o art. 5º, XLI, da Constituição Federal, punição por lei.

Apontou, ainda, que pouco foi discutido sobre este artigo constitucional na E. Corte. Exemplificou, contudo, com o julgamento da ADI 4.424, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que “*deu interpretação conforme à constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra mulher os dispositivos da lei dos juizados especiais*”.

Salientou, portanto, que a leitura do dispositivo em questão deve ser feita junto com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que o Brasil é signatário de tratados internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o qual destaca o art. 4º que, embora não traga em seu texto a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, foi objeto de relatório de revisão enviado pela Polônia ao Comitê de Direitos Humanos. Neste relatório foi observado que, com muito pesar, deve ser combatido a discriminação homossexuais e transexuais.

A partir desses ensinamentos, é certo afirmar que, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, é possível a criação de tipificação penal própria. Aplicando ao presente estudo, para a assegurar o direito da pessoa homossexual e transexual de exercer seu direito de

se definir em frente ao Estado e à sociedade, ou seja, de ser, é plausível a proteção perante o direito penal.

Por fim, o r. voto faz uma comparação com a lei do racismo, Lei nº 7.716/1989. Como muito bem coloca o ínclito relator:

No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênero é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Para dar maior ênfase, exemplifica:

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime.

Observa-se que a ausência desigual a importância entre os tratamentos. A dignidade da pessoa homossexual e transexual não pode ser inferior ou menor. A dignidade deve ser igual para todos. Não pode o Estado garantir proteção à uma minoria e abster-se em relação a outra. Com a mesma energia que foi feita a inclusão dos termos “*etnia, religião ou procedência nacional*” na lei do racismo, em 1997, acrescentar “orientação sexual e identidade de gênero” é obrigação do legislativo, conforme determina a Constituição Federal.

O voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 pelo ilustríssimo Ministro Relator Celso de Melo inicialmente apresentou os pedidos da autora, os quais são, em síntese, o reconhecimento da mora legislativa e cientificação ao Congresso Nacional para tomar as medidas necessárias à concretização as normas constitucionais dispostas no art. 5º, LXI e LXII, da Constituição Federal; e a correção do erro na Lei nº 7.716/89 pela ausência da discriminação contra a orientação sexual e identidade de gênero de maneira explícita em seu texto legal.

O voto discorreu sobre a controvérsia constitucional a qual foi baseada dentro da noção de racismo da mesma forma que foi feita à noção de “*etnia, religião ou procedência nacional*” no julgamento do caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS). O julgamento culminou na alteração da Lei nº 7.716/89, inserindo estes termos no art. 1º, ocasião que foi ignorada a discriminação contra a orientação sexual e identidade de gênero.

Contextualizou-se, também, as terminologias das designações utilizadas na comunidade LGBT, *in verbis*:

A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização, no Brasil, em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome que o acrônimo LGBT adquiriu no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas, especialmente com o propósito de fazer incluir, em sua definição, as pessoas que se identificam como “queer” (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI), as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+).

É possível observar, conforme o i. relator, que a comunidade LGBT é formada por uma gama extensa de integrantes, unidos por um interesse comum: “*sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais*”. Ressalta-se, entretanto, que estes integrantes são diferentes, cada um com sua orientação e identificação próprias, não podendo afirmar que se trata de uma única **coisa**.

Diante desse pluralismo, o voto explicou a diferença entre designação do sexo, ideia de gênero e sexualidade humana. Referente àquela, restringe-se à mera verificação de fatores genéticos, gonodais, genitais ou morfológicos, ensejando a designação em homem, mulher e intersexual. Já a segunda está ligada a fatores de identificação com a designação sexual biológica, podendo ser cisgênero (indivíduo se identifica com o sexo biológico com o qual nasceu) e transgênero (não se identifica com o sexo biológico).

Por último, a sexualidade refere-se a aspectos íntimos, associada às questões **afetivas**. Os indivíduos podem ser homossexuais (atraídos pelo mesmo sexo), heterossexuais (atraídos pelo sexo oposto), bissexuais (atraídos pelos dois sexos) ou assexual (indiferença quanto ao sexo).

Em frente a todas essas possibilidades de “ser”, o Princípio de Yogyakarta assegura que a *“orientação sexual e identidade de gênero são essenciais par a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”*, como coloca o ministro relator.

Ademais, expõe que a comunidade LGBT sente-se exposta, desamparada devido a ausência de proteção estatal em face à “ideologia de gênero” impregnada pelo segregacionismo, afastando a possibilidade de exercerem seus direitos e garantias fundamentais e tratando-os com marginalidade e inferioridade.

Tamanha é a objeção quanto à ideologia de gênero fundada no heteronormativismo imposto pela sociedade, que a Suprema Corte julgou diversos processos os quais visavam acabar com qualquer tipo de comportamento que discriminasse qualquer pessoa, seja por ser mulher, negro, homossexual, transexual, de diferente religião ou etnia. Destaca-se aqui, o julgamento da ADI 4.275/DF, da relatoria do Min. Edson Fachin, e da ADI 4.277/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto, ambas citadas anteriormente.

Isto porque a Constituição Federal garante um Estado Democrático de Direito que, por sua vez, protege o pluralismo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, entre outros direitos fundamentais.

O Ministro também frisou a Opinião Consultiva OC- 24/18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à *“essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual”* na interpretação das cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi incorporado pelo Decreto nº 678/1992 e tem caráter supralegal. Por isso mesmo, há a necessidade da proteção estatal para a convivência harmônica, como é garantida e exercida pelas maiorias.

Foi pleiteado a indenização por responsabilidade civil do Estado, que foi julgado improcedente. Entende, o Egrégio Tribunal, que a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

por Omissão não gera responsabilidade civil ao Estado, apenas reconhece a existência da imposição constitucional de legislar e se houve mora legislativa ou não.

O r. voto relatou sobre as violências a partir de atos homofóbicos e transfóbicos. A triste exposição dos dados e notícias trazidas pelo relator expõe a banalidade desses atos. Atos que deveriam ser severamente combatidos e repugnados pelo Estado, protegendo a comunidade LGBT com amparo na legislação penal.

Transcrevendo os dados monitorados pelas organizações civil e replicado pelo Ministro:

o “Brasil campeão mundial da transfobia”, “o país que mais mata travestis e transexuais no mundo”, onde, de forma assustadora, “o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay”, tendo sido registradas 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, segundo informações constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com>.

Depreende-se desse trecho e das demais notícias de crueldade contra a comunidade LBGT listadas, junto com a mora legislativa, que a violência e as dificuldades dessas pessoas estão sendo menosprezadas pelo Estado. Reproduzindo o trecho da petição inicial e do voto, está ocorrendo uma “verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico” no Brasil.

Em relação à omissão do Congresso Nacional e a necessidade da norma regulamentadora que exige o art. 5º, XLI e XLII, da CRFB, consoante com o pedido da autora, tem-se:

A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público.

Notável a necessidade de reconhecimento da mora legislativa quando não existe, no ordenamento jurídico, proteção contra atos discriminatórios contra a identidade de gênero e a orientação sexual.

A norma constitucional em questão determina que a lei irá punir qualquer ato discriminatório. Combinado com o art. 22, I, da Constituição Federal, segundo o qual é de

competência da União legislar sobre a norma penal, observa-se, de maneira clara, a mora do Poder Legislativo.

A omissão funcional do Congresso, uma vez que é função típica do Legislativo de concretizar os direitos por meio de leis, é dita como “seletiva”. Ora, a imposição explícita constante na inteligência do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal, não gera qualquer dúvida da obrigação legiferante do Poder Público. Esta conduta omissiva é, quando não ilegítima, afrontosa à Carta Constitucional.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CRFB, e regido pela Lei nº 9.868/99, é o instrumento de reconhecimento da mora e abstinência legislativa que busca impedir o contínuo ato inconstitucional e indigno à Constituição.

Superada a questão da omissão quanto ao descumprimento da imposição da norma constitucional, foi exposto a inércia do Poder Legislativo quanto ao Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi à época, o qual demorou 05 anos para ser aprovado na Câmara do Deputados.

Em vista disso, foi encaminhado ao Senado Federal como Projeto da Câmara nº 122/2006, onde foi arquivado, conforme determina o art. 332, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal³¹, tendo em vista a tramitação com duração de duas legislaturas, ou seja, 08 anos. Este projeto buscava adicionar à lei do racismo os termos “*orientação sexual ou identidade de gênero*”.

Não obstante a longa demora, parlamentares aprovaram o requerimento que anexou o Projeto de Lei nº 122/2006 ao Projeto de Lei nº 236/2012, que cria o novo Código Penal Brasileiro. Esta manobra retarda a apreciação do projeto, uma vez que a propositura do novo Código não teve a apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal concluída e encontra-se, como saliente o v. Ministro, “*sem prazo para ser votado*”.

³¹ Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

§ 1 Em qualquer das hipóteses dos incisos do **caput**, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

No voto, o relator cita as palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias em seu livro **(Rumo a um Novo Direito)**, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 41, item n. 6, 3ª ed., 2017, RT):

O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio.

Da mesma forma que foi explicado pelo Ministro Edson Fachin no MI 4.733/DF sobre a mora legislativa, julgada na ADI 3.682/MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, as peculiaridades do processo legislativo, como é o caso do apensamento do PL 122/2006 ao PL 236/2012, não é motivo para alegar cumprimento legiferante.

Pelo contrário. A *inertia deliberandi* do Congresso Nacional quanto à normatização do texto mandatório da tutela constitucional inadimplida constante no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição, até de atentatória aos direitos fundamentais, é também justificativa para a intervenção judiciária.

Fundamenta ainda mais essa ideia, o entendimento feito pelo julgamento da ADI 1.458-MC/DF, pelo Ministro relator Celso de Melo, quando explica:

Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Em decorrência, a decisão apresenta duas soluções possíveis:

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei no 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei no 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.

No que concerne à primeira solução, busca-se a colmatação da inadimplência do Poder Legislativo. Segundo o entendimento da Suprema Corte, visto na ADI 3.682/MT supracitada, não se impõe um prazo rígido, mas a definição razoável de prazo para sair do estado estático quanto à deliberação do projeto de lei. Assim, foi estabelecido o prazo de 12 meses para o Senado Federal apreciar o projeto Iara Bernardi, desanexando-o do PL 236/2012.

Ademais, o relator observou que é mais viável e assegurado para a proteção da garantia fundamental a aplicação deste prazo ao Projeto de Lei nº 122/2006, tendo em vista já ter sido aprovado na Câmara, encontrando-se mais avançado dentro do processo legislativo do que o Projeto de Lei do Senado nº 515/2017 proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Para o enquadramento das práticas homofóbicas e transfóbicas no crime de racismo, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à extensão da impetração, respeitando a analogia *in malam partem*, o qual transcrevo um trecho usado no voto:

Conduas contrarias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero

Esse seguimento acompanha o entendimento feito pelo ex-Ministro do STF, Maurício Correa, em seu voto no caso *Ellwanger*, o qual virou paradigma quanto à abrangência do racismo. Este voto seguiu a ideia da Declaração Universal dos Direitos Humanos, qual seja existir apenas uma raça, a “raça humana”.

Em caráter biológico, não há diferença social entre homens e mulheres, negros e brancos, judeus e cristãos, homossexuais e heterossexuais, cisgêneros e transgêneros. Todos são humanos e, partindo dessa premissa, todos são detentores de dignidade, igualdade e liberdade.

Em uma decorrência lógica desse raciocínio, é incorreto afirmar que racismo é designado apenas no que tange à cor. A ideia de raça, segundo a Declaração da Unesco, “é uma construção histórico-social, voltada para justificar uma desigualdade”.

Assim, o racismo pode ser mais bem interpretado como a relação de dominância entre uma maioria sobre uma minoria, com a qual justifica-se com atos discriminatórios, impondo uma hierarquia fundada por ideais dessa maioria.

Vários postulados internacionais definiram o racismo como a terminologia escolhida para exprimir todas as formas de discriminação e intolerância, fundada no ódio e no segregacionismo, entre os seres humanos.

O relator replicou o ensinamento de Roberto Bobbio em sua obra “Homofobia – História e Crítica de um Preconceito” (p. 34/39, 2010, Autêntica), veja-se:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente.

Assim, se os valores de uma sociedade legitimam a desvalorização de qualquer minoria, esta estará ameaçando o direito da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e do pluralismo. Tais atos de ódio, de diminuição de valor, de intolerância e de menosprezo devem ser duramente combatidos pelo Poder Público.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em diversos trechos já destacados no presente estudo, repugna as condutas discriminatórias e exige tratamento diverso e protetivo do Estado. Visível o comportamento contrário do Congresso Nacional que possui dificuldade em concretizar a proteção penal à comunidade LGBT.

Posto a insuficiência legal pelo descumprimento do Poder Legislativo de sua função típica, legislar, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, como garantidor de direitos. Este, por sua vez, por meio do guardião da Constituição, deve interpretar e praticar a hermenêutica de forma a dar condições aos indivíduos de exercerem seus direitos.

Ao interpretar a abrangência do conceito de racismo e da aplicação da Lei nº 7.716/89, a Suprema Corte busca propiciar tratamento isonômico à minoria LGBT. Não se trata de criar legislação penal, nem tipo penal, tampouco realizar uma analogia *in malam partem*. O que se fez foi enquadrar as práticas de homofobia e transfobia na noção de racismo, tendo em vista sua função social e não estritamente fenotípica.

Pelo julgamento do AI 250.564/PA³², o próprio relator Celso de Melo explica que a “interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa”. O que se entende como procedimento hermenêutico praticado pela alta Corte é exatamente sua função precípua. Na decisão do AI, foi demonstrada que

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República

Nesse mesmo sentido, o a. r. decisão não adicionou à Lei nº 7.716/89 os termos “orientação sexual e identidade de gênero”. Apenas foi feita a extensão da aplicação dos atos discriminatórios em razão da raça além da cor. “Nunca se prendeu, com o debate, restringir ao negro”, declarou o ex-Ministro Nelson Jobim no julgamento do HC 84.242/RS (caso *Ellwanger*), que participou da Assembleia Constituinte de 1987.

Nota-se que a própria Constituição Federal não restringe racismo à cor, ou seja, ao fenótipo humano. É um conceito mais amplo, usado para descrever qualquer discriminação contra minorias e, a partir disso, estabelecer meios de combatê-lo. A homofobia e a transfobia tratam de um racismo social, apenas por serem considerados “outsiders” ou em desacordo com a ideia heteronormativa de ser, que instituiu a comunidade LGBT como inferior, com menos valor.

Aplicar a lei do racismo, então, mostra-se a alternativa apropriada em razão da ausência legal de proteção específica. E com maior força, não aplicar a proteção contra o racismo perante os atos homofóbicos e transfóbicos é insulto à igualdade. Não é certo tratar uma discriminação de um jeito e outra de outra.

O relator relembra que os “Princípios de Yogyakarta” definem que:

As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade

³² STF. AI 250.564/PA sem número único. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Melo, data do julgamento 08/02/2000. Data da publicação: 07/04/2000

de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.

Este princípio dispõe que os gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, intersexos, *queers*, assexuais e qualquer que seja a orientação sexual e identidade de gênero são indivíduos detentores de igualdade, liberdade, dignidade e devem ser protegidos da mesma maneira pelas leis e pelo sistema político-jurídico criado pela Constituição Federal de 1988.

É certo que qualquer estatuto ou lei que exclua ou desiguale, que discrimine ou incentive a intolerância, é inaceitável. A decisão ora estudada tem intuito declaratório de omissão, identificando as normas constitucionais descumpridas e apontando os direitos feridos, sendo incorreto asseverar se tratar de uma decisão veementemente a favor dos homossexuais e transexuais. O que se busca, como dito em diversos momentos, é a proteção estatal e o adimplemento legiferante contra os atos discriminatórios homo e transfóbicos.

Outro ponto abordado foi a diferenciação entre liberdade de expressão, discurso de ódio e a liberdade religiosa.

Como bem aborda o advogado do Partido Populista Socialista, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchitti, em sua sustentação oral no julgamento da ADO 26, “a ignorância” é um direito desde que não prejudique o outro. Com isso, é livre a liberdade de expressão, mesmo que esta seja fundada de ignorância e até preconceitos. Contudo, não pode este pensamento ferir a dignidade, liberdade e igualdade do outro. Passado este limite, entra-se no discurso do ódio que não está abarcado pela liberdade de expressão. Pelo contrário, o Estado Democrático de Direito não permite discursos discriminatórios de qualquer natureza.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, por meio do julgamento da ADPF 291/DF, sendo o Ministro Roberto Barroso o relator, em breve trecho:

2. Não se pode permitir que a lei faça uso **de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo**. Manifestação inadmissível de intolerâncias que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. (grifei)

Por fim, a liberdade de crença não está inserida na restrição de liberdade de pensamento. É assegurado o exercício do proselitismo e da liberdade de palavra. Este reconhecimento feito

pelo art. 220, § 1º, c/c art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, garantem o pleno exercício da liberdade de transmissão de valores, sem a prévia interferência estatal.

Por certo o Estado democrático não pode cesurar ideia, convicções, opiniões e crenças. É garantia constitucional a liberdade de consciência, de culto ou de expressão de pensamento, bem como sua difusão, quer por meio privado, quer seja em espaço público. Necessário destacar que esses ideais difundidos devem ter conteúdo religioso. Este entendimento foi sedimentado pela Suprema Corte no voto do Ministro Edson Fachin, na ADI 2.566/DF, a qual destaco o seguinte excerto:

3. A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa.

Isto porque, como dito, a República Federativa do Brasil garante o pluralismo que, por sua vez, é composto por diversos ideais e grupos.

Entretanto, esta liberdade não é absoluta. Embora o Estado não pode impedir pensamentos e condutas religiosas homofóbicas e transfóbicas, não deve, em hipótese alguma, possuir propósitos criminais ou propagações de expressões de ódio.

Deve ser limitado os excessos derivados do exercício da liberdade de crença para que não se torne abusiva ao ponto de afastar-se da tutela constitucional e adentrar na discriminação homofóbica e transfóbica como condutas criminosas.

Nesse mesmo sentido, o STF possui o entendimento:

Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (...).

(RHC 146.303/RJ 4000296-69.2017.1.00.0000. Segunda Turma. Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, data do julgamento 06/03/2018. Data da publicação: 07/08/2018)

Percebe-se, dessa forma, que não pode uma religião depreciar outra, uma vez que todas são protegidas e tuteladas pela Constituição. Da mesma maneira, incide a proteção contra outros grupos: negros, mulheres, homossexuais, transexuais, estrangeiros.

Conclui-se, pelas razões expostas, que as liberdades possuem limitações externas, não podendo ser praticadas com o intuito criminoso tendente a estimular intolerância e ódio público.

O ministro relator teceu comentários sucintos sobre a função contramajoritária do STF, tendo em vista que a CRFB e o Estado Democrático de Direito possuem proteção cautelosa em relação às minorias.

Em oposição, o princípio majoritário, presente no Poder Legislativo por meio de seus “grupos confessionais”, possui relevante papel em decisões governamentais, apresentando sua função democrática. Contudo, não podem deslegitimar as normas constitucionais, quais sejam suprimir, frustrar e aniquilar direitos fundamentais.

Proporcionar uma força muito superior às majorias gera submissão dos grupos minoritários, o que não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Longe disso. Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal “caminham” em sentido contrário. Como visto, há a busca da igualdade, que se faz protegendo as comunidades mais frágeis do sistema. Destarte, o Poder Judiciário deve garantir a defesa às minorias quando o Poder Legislativo for omissivo aos preceitos e prerrogativas constitucionais.

Por fim, o Ministro Celso de Melo aponta a felicidade como consequência do princípio da dignidade humana. Para o pleno exercício da felicidade, é necessário o respeito e segurança da igualdade, da liberdade, da autodeterminação e da intimidade.

Assim, conclui seu voto com exprimindo o seguinte pensamento:

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento do pleito ora em julgamento. (sic)

Dessa maneira, as ações foram julgadas procedentes em relação ao reconhecimento da mora na atividade legiferante do Congresso Nacional, cientificando-o da necessidade da deliberação e da aprovação do Projeto de Lei nº 122/2006 e incidindo o crime de racismo para as condutas de discriminação por homofobia e por transfobia.

CONCLUSÃO

O objetivo fundamental deste trabalho foi apresentar que a omissão legislativa quanto à proteção na norma penal das condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas é atentatória aos princípios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988.

Os princípios fundamentais infringidos pela mora legiferante, especialmente os da igualdade, liberdade, devido processo legal substantivo e dignidade da pessoa humana, entre outros que são derivados destes, estão sendo negligenciados à comunidade LGBT.

Com tantos dados de violência visíveis e repugnantes, a ausência da proteção criminal específica afronta a função do Estado Democrático de Direito. Preterir uma minoria por conduta omissiva do Poder Público é uma ofensa segregacionista. Muito mais arbitrário quando outras minorias são protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A omissão do Congresso Nacional pode ser observada como seletiva, uma vez que o Projeto de Lei Iara Bernardi (PL nº 122/2006) foi proposto em 2001 e até hoje não foi aprovado. Essa demora legiferante fez com que o projeto fosse arquivado no Senado Federal em 2014. Fica claro que o Poder Legislativo optou por “esquecer” o projeto que devesse, por imposição constitucional do art. 5º, XLI e XLII, proteger atos discriminatórios.

Enquanto as notícias mundiais mostram que o Brasil é um dos países que mais matam homossexuais e transexuais no mundo - um ranking lamentável -, o Poder Legislativo, composto por “grupos confessionais” fundados em ideologias preconceituosas, nada faz para incluir na norma penal a proteção contra essas discriminações.

É fato que a competência de legislar seja função típica do Legislativo, mas a necessidade e intervenção do Estado foi tão necessária e urgente, que o Judiciário precisou limitar o princípio da separação de poderes para garantir o princípio da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. O pluralismo brasileiro necessita da proteção do Governo. As minorias sociais carecem de tutela do Poder Público.

Com a finalidade de diminuir tamanha desatenção à comunidade LGBT, o Poder Judiciário, por meio do Superior Tribunal Federal, julgou o Mandado de Injunção 4.377/DF e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF decidindo por atribuir as

práticas homo e transfóbicas no crime de racismo até que seja editada uma lei específica para enquadrar a homofobia e a transfobia como crimes.

As decisões proferidas foram um marco e um avanço importante para a luta contra atos discriminatórios – homicídios, ameaças, agressões - contra a orientação sexual e a identidade de gênero. É o Estado atuando para combater práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade, garantindo os direitos fundamentais das minorias.

A Suprema Corte ampliou conceito de racismo, aplicando ao caso concreto o racismo social, o qual é a imposição de uma maioria sobre uma minoria. O entendimento foi além do fenótipo ou do aspecto biológico, enfrentando a negação de uma comunidade em frente à outra.

Além disso, reconheceu a mora legislativa, notificando o Congresso Nacional para que editasse lei específica para enquadrar as condutas homo e transfóbicas como tipos penais. Apontou que a inércia do Poder Legislativo é uma omissão do Estado em cumprir os mandamentos constitucionais e de proteger a sociedade, a qual é formada por diversos grupos sociais.

Ademais, adentrou no limite da proibição de discriminações homofóbicas e transfóbicas. A ADO 26 previu que não poderia ser criminalizada a crença religiosa. Deve-se respeitar a liberdade religiosa e o proselitismo, desde que não incitem ou induzam o discurso de ódio.

O STF, ao julgar a ADO 26 e o MI 4.377, dá efetividade e aplicação ao art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assegurando uma sociedade sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação.

A liberdade e igualdade dos homossexuais e dos transexuais não tem o fim de impor aceitação de ninguém. Não se busca entrar no âmbito das demais liberdades, como a liberdade de pensamento e a liberdade de crença. Estas também são protegidas pela CF e necessitam de espaço em uma sociedade democrática. Não pretende, com a busca desses direitos, limitar a liberdade das pessoas de pensarem ou crerem, mesmo que preconceituosas.

Objetiva o respeito e, principalmente, impedir a disseminação do discurso de ódio e de atitudes ilícitas. É dar um basta no tratamento homofóbico e transfóbico e garantir, entre outros direitos, a vida para a comunidade LGBT, de maneira digna, igualitária e livre.

A proteção das minorias pelo Estado, além de ser dever mandatória pela CF, garantirá, o direito à felicidade, entre todos os direitos tutelados pela Carta Maior. Esta é a consequência lógica do exercício dos demais direitos assegurados aos cidadãos.

Portanto, é clara a necessidade de proteção específica na legislação penal, já prevista no texto constitucional. Garantir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil é dever do Estado como garantidor, sendo inaceitável qualquer omissão por parte dos 3 poderes, seja legislando, julgando ou executando.

Referências

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford University Press, 1989.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V)*. Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013.\

BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. MINORIAS SEXUAIS E HOMOFOBIA NO DIREITO BRASILEIRO: breves delineamentos constitucionais. *Revista Videre, Dourados/MS*, v. 10, n. 19, p. 148-176, jun. 2018. Mensal.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 254.

BARROSO, Roberto, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo; Saraiva, 2018. 9788553610112. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/>. Acesso em: 22 Maio 2020

BILIARDO, Rafael. CNJ autoriza casamento gay em cartórios. *Consultor jurídico*. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>. Acesso em: 11 Nov. 2019.

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 396.

CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In: *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis* [S. l: s.n.], v. 1., 2013.

CHAVES, Luis de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais, Ceará*, volume 2, número 1, p. 149-168, 1971.

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*,

Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CODEPLAN, Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. In: UM OLHAR SOBRE A POPULAÇÃO LGBT NO DISTRITO FEDERAL. Brasília, out. 2017. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Um-olhar-sobre-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-no-Distrito-Federal.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

COLLING, Leandro. Estudos, políticas e os marcadores sociais da diferença na comunidade LGBT no Brasil pós-Stonewall. In: Stonewall 40 + o que no Brasil?. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 234-235.

Conselho Federal de Psicologia. Notícias. In: UNESCO APROVA OS MATERIAIS EDUCATIVOS DO PROJETO ESCOLA SEM HOMOFOBIA. CFP Notícias, 23 de fev. de 2011. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/unesco-aprova-os-materiais-educativos-do-projeto-escola-sem-homofobia/>. Acesso em: 12 out. 2019

DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Drescher, Jack. “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality.” Behavioral sciences (Basel, Switzerland) vol. 5,4, p. 565-75. 4 Dec. 2015.

GREEN, J. N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. Cadernos AEL, v. 10, p. 18/19, 22 set. 2010.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX. Sexual Orientation Laws In The World: From criminalization of consensual same-sex sexual acts between adults to protection against discriminations based on sexual orientation. 2019. Disponível em: https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf. Acesso em: 21 nov. 2019.

MARIN, Jeferson Dytz. MARIN, Karen Dytz. Superação do Preconceito e Democratização do Afeto. Revista Direitos Humanos e Democracia. Rio Grande do Sul. Editora Unijuí, ano 3, n. 6, jul./dez. 2015. Disponível em

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>. Acesso em: 27 out 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 6, n. 2, jul./dez. 2013.

MOLINA, Luana Pagano Peres. A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual. *Antíteses*, v. 4, n. 8, p. 949-962, jul./dez. 2011.

MOTTA, Moacyr Parra. Interpretação constitucional sob princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 147.

NAHAS, Luciana Faísca. “União Homossexual – Proteção Constitucional”. Juruá Editora, Curitiba, 2006.

OLIVEIRA, Gabriela Werner. A proteção internacional de minorias sexuais: entre a idade média e a pós-modernidade. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2017.

Organização Mundial da Saúde. CID-10 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; 1997. vol.1.

PINHO, R. C. R. Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. [s. l.], 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012563&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 26 nov. 2019.

RAMON, Janaina. Homofobia e transfobia são finalmente criminalizados pelo STF. *In: Justificando*. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>. Acesso em: 05 nov 2019

Resolução Normativa nº 77, de 29 de janeiro de 2008. Publicada no Diário Oficial em: 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAw&filtro=1&Data=>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013. Publicada no Diário de Justiça nº 89/2013, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso: em 11 Nov. 2019.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRE, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. Rev. katálysis, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 260-269, Sept. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

ROMÁN, Calos Barría. Lei e homossexualidade no Chile. Lacan XXI: revista fapol online. Publicado em: 22 out. 2018. Tradução: Maria Cristina Vignoli. Disponível em: <http://www.lacan21.com/sitio/2018/10/22/lei-e-homossexualidade-no-chile/?lang=pt-br>>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

RÖTZSCH, Rodrigo Bolsonaro leva panfleto antigay a escolas. *In*: Folha de São Paulo. São Paulo: Folha de São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1105201118.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.

STF. ADPF 291/DF 9991723-76.2013.1.00.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento 28/10/2015, data da publicação 10/05/2016.