

Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil

ROGER RAUPP RIOS

Resumo: O artigo examina o tratamento jurídico da homossexualidade no direito brasileiro, destacando as principais tendências e tensões nesse campo, com destaque para a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Salienta, por fim, os principais desafios envolvendo orientação sexual e identidade de gênero, dentre os quais se destacam o debate sobre a criminalização da homofobia, as iniciativas para a reversão terapêutica da homossexualidade, a abordagem biomédica da identidade de gênero e a importância fundamental da laicidade.

Palavras-chave: Direitos sexuais. Direito brasileiro. Homossexualidade. Orientação sexual. Identidade de gênero. Homofobia. Laicidade.

Introdução

Este artigo objetiva fornecer um panorama dos direitos sexuais no direito brasileiro da perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nesse esforço, toma como referência o tratamento jurídico e o debate contemporâneo brasileiros diante das demandas jurídicas articuladas pelo denominado movimento LGBTTT¹.

Para tanto, após uma breve notícia histórica do tratamento da homossexualidade no direito brasileiro, busca identificar as principais tendências e tensões que caracterizam o desenvolvimento dos direitos

Recebido em 27/11/14
Aprovado em 11/11/14

¹ Utilizo a sigla LGBTTT conforme seu uso corrente entre os movimentos sociais brasileiros contemporâneos, que por ela designam a expressão “lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros”.

sexuais no país², com os olhos atentos às questões de orientação sexual e identidade de gênero (primeira parte). A seguir, destaca o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões de pessoas do mesmo sexo, cuja importância e influência no quadro jurídico brasileiro atual são inquestionáveis (segunda parte); ao final, indica os temas mais urgentes e disputados nessa arena, com destaque para a criminalização da homofobia e as ameaças à laicidade estatal (terceira parte).

1. A homossexualidade no direito brasileiro: notícia histórica e principais tendências e tensões contemporâneas

1.1. Notícia histórica do tratamento jurídico da homossexualidade no Brasil: da repressão colonial à descriminalização implícita em 1988

O direito brasileiro tem suas raízes históricas no direito colonial português. Com a chegada dos portugueses às terras coloniais, em 1500, passou a vigorar o direito lusitano, acompanhado das regulações eclesiásticas católicas, conforme a área do direito e a questão envolvida. Comportamentos dissociados da moral vigente, que qualificava como pecado e como ilícito jurídico tudo o que destoasse do coito vaginal entre pessoas de sexos opostos, eram submetidos a forte repressão, sendo considerados, ainda, causadores de desgraças naturais, tais como terremotos, enchentes e dilúvios. Sejam atos sexuais praticados entre nativos, sejam praticados por colonizadores portugueses, entre homens ou entre mulheres, uniam-se, na apuração dos delitos e na execução das penas, o

tribunal do Santo Ofício, a justiça eclesiástica e a justiça secular (TREVISAN, 2000, p. 67). Tudo em um sistema punitivo animado pela prática premiada da delação e pela punição daqueles que, comprovadamente sabendo, não denunciavam às autoridades a prática da sodomia.

Além dos açoites e do degredo, a pena indicada aos praticantes do “vício nefando” chegava à morte, com a entrega do corpo à fogueira e o corpo reduzido a pó, “para que dele nem de sua sepultura pudesse ser ouvida memória”, nas palavras das Ordenações Afonsinas (PORTUGAL, 1446). Os termos das Ordenações Filipinas (1603) eram ainda mais graves e incluíam a imposição de penas a outros além do condenado e a menção explícita às mulheres como possíveis agentes do “vício italiano” (PORTUGAL, 1870).

A criminalização da sodomia perdurou no direito brasileiro até o Código Penal do Império, de 1830. Promulgado no ambiente ideológico do iluminismo liberal e influenciado pelo Código Criminal napoleônico de 1810 e pelo Código Napolitano de 1819, o primeiro código penal do Brasil independente acabou por influenciar a legislação espanhola e latino-americana.

Não obstante a descriminalização havida no Código Criminal do Império, as práticas homossexuais voltam a ser criminalizadas, no âmbito militar, em 1891, sendo cominada a pena de “prisão com trabalho por um a quatro anos” a quem estivesse a serviço da marinha de guerra e atentasse “contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual” (BRASIL, 1890). Hoje vigora, desde 1969, código penal militar que tipifica o ato libidinoso, com o destaque explícito ao ato homossexual e, mais ainda, com a inserção do *nomen juris* de “pederastia”. Desse modo, ao menos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que importou revogação implícita da

²Sobre o quadro mais amplo da reflexão sobre os direitos objeto deste trabalho, considerando o cenário latino-americano, ver Rios (2010, p. 251-258).

norma penal incriminadora de atos homossexuais, subsistiram normas jurídicas criminais repressivas da homossexualidade.

1.2. Direitos fundamentais, orientação sexual e identidade de gênero a partir de 1988: tendências e tensões desde as primeiras demandas até a decisão do Supremo Tribunal Federal (2011)

A Constituição de 1988 representa não somente um rompimento com o autoritarismo marcante da ditadura militar iniciada em 1964; do ponto de vista jurídico, ela é um marco na afirmação da proeminência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional. As demandas pelo reconhecimento de direitos humanos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero se inscrevem nesse contexto. A partir de meados dos anos 90 do século passado, aportam aos tribunais brasileiros os primeiros litígios judiciais desafiando a discriminação sexual. Numa retrospectiva histórica, pode-se afirmar que, a partir de então, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 2011, o direito brasileiro experimentou uma fase de afirmação de direitos sexuais, em especial voltados contra a discriminação por motivo de orientação sexual. Já as demandas relacionadas à identidade de gênero (relativas, em especial, à alteração de nome e de sexo no registro civil) passam a se apresentar de modo mais significativo e a suscitar debate mais intenso somente a partir da segunda década deste século (OLIVEIRA, 2012).

No plano constitucional, o direito brasileiro registra, além da existência de projeto de emenda constitucional arquivado que visava à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação (BRASIL, 1999), previsões constitucionais estaduais específicas em alguns estados da federação (Mato Grosso Sergipe, Piauí e Distrito Federal).

No plano legislativo interno, há duas referências na legislação federal: a Lei nº 9.612, de 1998, que trata da proibição de discriminação por motivo de “preferências sexuais” na programação da radiodifusão comunitária, e a Lei nº 11.340, de 2006, que combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem distinção de orientação sexual. Nos âmbitos estadual e municipal, mais de uma centena de localidades brasileiras e alguns estados federados sancionaram leis, de cunho administrativo, proibindo discriminação por motivo de orientação sexual. Nesse conjunto de normas, merece destaque o Programa Brasil sem Homofobia (Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB – gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais – e de Promoção da Cidadania de Homossexuais), lançado em 2004, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos.

A inserção da proibição de discriminação por orientação sexual iniciou-se em virtude de demandas judiciais voltadas para as políticas

de seguridade social, a partir de meados dos anos 1990 (LEIVAS, 2003, p. 111).

Um exame do conteúdo dessas iniciativas chama a atenção para duas tendências: a busca por direitos sociais como reivindicação primeira no âmbito da qual a diversidade sexual se insere, e a utilização do direito de família como argumentação jurídica recorrente. Essas tendências caracterizam uma dinâmica peculiar do caso brasileiro, dado que, em outros países, via de regra, a luta por direitos sexuais inicia-se pela proteção da privacidade e da liberdade negativa, e a caracterização jurídico-familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo é etapa final. Além dessas tendências, a inserção da diversidade sexual, assim como manifestada na legislação existente, revela a tensão entre as perspectivas universalista e particularista no que diz respeito aos direitos sexuais e à diversidade sexual, de um lado, e à luta por direitos específicos de minorias sexuais, de outro.

A primeira tendência a ser examinada é a utilização de demandas reivindicando direitos sociais como estratégia de defesa da diversidade sexual. Como referido, enquanto em países ocidentais de tradição democrática, a luta por direitos sexuais ocorreu, inicialmente, pelo combate a restrições legais à liberdade individual, no caso brasileiro o que se percebe é a afirmação da proibição da discriminação por orientação sexual como requisito para o acesso a benefícios previdenciários. Tal é o que revela, por exemplo, a superação no direito europeu da criminalização do sexo consensual privado entre homossexuais adultos – a chamada sodomia – com fundamento no direito de privacidade, ao passo que, no caso brasileiro, desde o início, o combate à discriminação foi veiculado em virtude da exclusão discriminatória contra homossexuais do regime geral da previdência social, quando se trata de pensão e auxílio-reclusão para companheiro do mesmo sexo.

Uma hipótese para a compreensão desse fenômeno vem da gênese histórica das políticas públicas no Brasil. Gestadas em suas formulações pioneiras em contextos autoritários, nos quais os indivíduos eram concebidos muito mais como objetos de regulação estatal do que sujeitos de direitos, essas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade e da liberdade individuais. Alimentadas pela disputa política entre oligarquias e pelo referencial do positivismo social, as políticas públicas no Brasil caracterizaram-se pela centralidade da figura do trabalhador como cidadão tutelado, evidenciando um ambiente de progresso econômico e social autoritário, sem espaço para os princípios da dignidade, da autonomia e da liberdade individuais (BOSI, 1992). Daí a persistência de uma tradição que privilegia o acesso a prestações estatais positivas em detrimento da valorização do indivíduo e de sua esfera de liberdade e

do respeito à sua dignidade, dinâmica que se manifesta na história das demandas por direitos sexuais mediados pelos direitos sociais no Brasil.

A segunda tendência é a recorrência dos argumentos do direito de família. De fato, não é difícil perceber que a inserção de conteúdos anti-discriminatórios relativos à orientação sexual valeu-se de argumentos de direito de família, o que se manifesta de modo cristalino pela extensão do debate jurídico – nos tribunais e naqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais – acerca da qualificação das uniões de pessoas do mesmo sexo. A par da polêmica sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual.

As razões disso podem ser buscadas na já registrada fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade que caracterizam nossa cultura. Fora da comunidade familiar, em que o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função do que como fim em si mesmo, só haveria espaço para o exercício de uma sexualidade indigna e de categoria inferior.

Além disso, uma rápida pesquisa sobre as respostas legislativas estaduais e municipais revela a predominância de duas perspectivas quanto à diversidade sexual. De um lado, diplomas legais de cunho mais particularista, nos quais uma categoria de cidadãos é identificada como destinatária específica da proteção, como é o caso, por exemplo, da legislação paulista sobre combate à discriminação por orientação sexual (Lei nº 10.948, de 2001) e da lei do município de Juiz de Fora – MG (Lei nº 9.791, de 2000). De outro, diplomas mais universalistas, com destaque para a lei gaúcha (Lei nº 11.872, de 2002).

Enquanto a lei paulista e a mineira referem-se a “qualquer cidadão homossexual (masculino ou feminino), bissexual ou transgênero” (MINAS GERAIS, 2000), a lei gaúcha

“reconhece o direito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo para tanto promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízo a terceiros” (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

A adoção de estratégias mais particularistas expõe-se a riscos importantes: reificar identidades, apontar para um reforço do gueto e incrementar reações repressivas (basta verificar o contradiscurso conversador dos “direitos especiais” e a ressurgência de legislação medicalizadora “curativa” de homossexuais). Isso sem se falar dos perigos de limitar a liberdade

individual na potencialmente fluida esfera da sexualidade (preocupação expressa pela chamada ‘teoria queer’) e de requerer, quando acionados os mecanismos de participação política e de proteção estatal, definições identitárias mais rígidas acerca de quem é considerado sujeito da proteção jurídica específica. Nesse contexto, mostra-se preferível a adoção de estratégias mais universalistas. Elas parecem ser capazes de suplantar as dificuldades de uma concepção meramente formal de igualdade, desde que atentas às diferenças reais e às especificidades que se constroem a cada momento, sem nelas se fechar; trata-se de reconhecer a diferença sem canonizá-la, trabalhar com as identidades autoatribuídas sem torná-las fixas e de rejeitar a reificação do outro.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo

Sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, de que a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar, como união estável, dando interpretação conforme a Constituição ao Código Civil, art. 1.273 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, decisão conjunta) repercute de forma muito intensa no desenrolar dos direitos sexuais no Brasil.

Neste artigo, a análise dessa decisão se concentra no âmbito propriamente jurídico, dividindo-se em dois tempos. Inicialmente, serão listadas algumas das mais importantes e diretas repercussões jurídicas da histórica decisão do STF, bem como seu significado imediato para o debate, inclusive enfrentando a objeção da “usurpação” e do “ativismo” de que é acusado o Supremo Tribunal Federal.

A seguir, serão destacados alguns argumentos trazidos nos votos já divulgados, considerando seu impacto para o fortalecimento ou não dos direitos humanos e dos direitos sexuais.

2.1. Repercussões jurídicas, políticas e sociais da decisão do Supremo Tribunal Federal

Muito se pode perguntar acerca do significado e da repercussão imediatos da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Destacarei alguns tópicos: qual o significado dessa decisão? Qual a repercussão para outras áreas do direito? O STF legislou, atropelando o Congresso Nacional? Quais as consequências práticas da decisão?

O significado é inestimável para a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais. Afirmaram-se direitos básicos a todos reconhecidos, como a liberdade sexual, a proibição de discriminação sexual, a privacidade, a intimidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a diversidade e o pluralismo.

A afirmação da existência e das consequências desses direitos, especialmente na esfera da sexualidade, já que minorias sexuais são discriminadas, deixa claro o dever de respeito aos homossexuais e a dignidade constitucional de que são merecedores. Isso, ainda que eventuais maiorias, por sondagens de opinião ou por representantes eleitos, tentem impor seus preconceitos. Nesse sentido, nunca será demais salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Esse passo é de suma importância para o desenvolvimento e a consolidação do direito antidiscriminatório brasileiro, pois se trata de enfrentar uma espécie de preconceito que, ainda nos dias de hoje, não só atua concreta e injustamente na vida de indivíduos e de grupos, como teima em se justificar.

A repercussão se dá em vários campos. A partir do incontestável dever de respeito às minorias sexuais e da relevância dos direitos sexuais, ficam superadas posturas que tentam justificar discriminações no trabalho, na educação, na saúde e nas mais diversas relações sociais. Fica clara a urgência e a necessidade de medidas antidiscriminatórias, como a criminalização da homofobia. Ganha-se certeza sobre muitos temas como, por exemplo, a possibilidade de postulação de adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo em união estável. Abrem-se caminhos para levar a igualdade mais a sério, inclusive no direito de família, com o reconhecimento do direito ao casamento, como fez a Corte Constitucional da África do Sul.

O tribunal não legislou. Ele aplicou a própria Constituição, que já protege a todos de discriminação sexual, especialmente aqueles objeto de preconceito. Outros direitos também foram aplicados, especialmente a liberdade sexual e o respeito à dignidade humana. Daí a conclusão de que excluir as uniões homossexuais é restrição indevida, contrária à Constituição, deixando claro que o parágrafo 3º do art. 226 da CF/88 não torna a união estável exclusiva para heterossexuais.

As consequências são práticas e efetivas. Todos os juízes brasileiros estão vinculados à decisão, não podendo mais rejeitar a união estável pelo fato de serem pessoas do mesmo sexo. Vários direitos daí decorrem, tais como: inclusão em planos de saúde, previdência, associação como dependente em clubes e sociedades, dever de alimentos em caso de necessidade, divisão de bens adquiridos na constância da união, direito à herança, usufruto dos bens do falecido e acompanhamento de parceiro em instituições hospitalares.

2.2. A argumentação do Supremo Tribunal Federal: perspectivas e tensões diante dos direitos sexuais

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 é marcante no direito brasileiro por inúmeras razões. Dentre elas, podemos destacar razões relacionadas à história do direito brasileiro, à amplitude de argumentos de direitos fundamentais invocados e ao significado e aos efeitos da enunciação da categoria “família homoafetiva” para qualificar juridicamente as uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo.

Em primeiro lugar, ela corporifica a evolução jurisprudencial que, desde meados da última década do século passado, abriu o caminho e desenvolveu as razões jurídicas que fundamentaram não só a não discriminação por motivo de orientação sexual, como também enquadrou esses litígios na esfera do direito de família.

Em segundo lugar, no julgamento proferido são arrolados diversos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais, cujo conteúdo foi relacionado, de forma direta e clara, ao direito de não ser discriminado por orientação sexual e às consequências deles para o reconhecimento da união conjugal de natureza familiar.

Em terceiro lugar, chama a atenção a argumentação desenvolvida em torno da categoria “união homoafetiva”, não somente por introduzir um neologismo com tanta intensidade no ordenamento jurídico nacional, como também pelos efeitos “colaterais” da lógica pressuposta nessa expressão, quando atentamos para o quadro mais amplo dos direitos sexuais.

O conjunto dessas considerações aponta para um balanço em que a argumentação jurídica expressa no julgamento aludido configura um quadro de perspectivas e tensões.

Examine-se o primeiro desses aspectos, qual seja, o coroamento da evolução jurisprudencial experimentada nos tribunais brasileiros em face de casos sobre discriminação por orientação sexual.

De fato, do reconhecimento da relação de dependência entre pessoas do mesmo sexo, apta a deflagrar consequência jurídica de inclusão em plano de saúde titularizado por um dos companheiros, questão tida como pioneira nessa seara, até decisão proferida na ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal, registram-se vários precedentes.

Importa destacar, nessa trajetória jurisprudencial, a paulatina predominância de casos concretos que se desenrolam em unidades jurisdicionais especializadas em matéria de direito de família, sem esquecer precedentes nas áreas previdenciária e trabalhista. Esse fenômeno de concentração de demandas e argumentos de direito de família certamente contribuiu de modo decisivo para a chegada ao Supremo Tribunal Federal de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental versando sobre união estável, bem como foi decisivo para a adoção da expressão “união homoafetiva”.

O segundo aspecto acima enumerado diz respeito à relação entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e a conclusão pela proteção jurídica de direitos sexuais, mais especificamente, pelo reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares.

Nunca será demais enfatizar a perspectiva de direitos fundamentais consagrada pela decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal. A qualificação do litígio como uma questão diretamente vinculada ao âmago dos direitos fundamentais abre, para o campo dos direitos sexuais, bases sólidas e seguras em termos de garantia de direitos básicos de todos, na esfera da sexualidade, e também como instrumento necessário de proteção de minorias sociais, historicamente discriminadas por motivo de orientação sexual.

Com efeito, de acordo com o conteúdo dos votos proferidos pelos ministros que participaram do julgamento, pelo menos dois direitos fundamentais foram, de modo explícito e implícito, enfatizados: os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade; a par deles e com eles mantendo relação, foi destacado um dever constitucional de proteção deles derivado, tudo fazendo concluir pelo pronunciamento que reconheceu juridicamente a união de pessoas do mesmo sexo. Mencione-se a interpretação do direito fundamental de liberdade e sua concretização como direito fundamental de liberdade sexual, com repercussão direta no litígio então examinado.

É o que deflui, diretamente, da leitura dos termos do voto do Ministro relator, Ayres Britto. Ele é absolutamente claro ao concretizar o direito constitucional de liberdade como direito de liberdade sexual e, adentrando em grau ainda maior de concretude, enumerar diversas dimensões dessa liberdade sexual constitucional. Enfrentando os diversos níveis em que o direito fundamental de liberdade, em sua faceta negativa, opera, ele distingue as esferas da liberdade sexual como intimidade sexual e também da liberdade sexual como privacidade sexual. Muito relevante sublinhar, nesse passo, o destaque para a função defensiva a que se destina essa liberdade sexual, no sentido de excluir intromissões de terceiros nessas esferas fundamentais da vida humana e de proteger a liberdade que se quer atribuir à sexualidade.

Afirmada a concretização do direito fundamental de liberdade como liberdade sexual, a proteger a intimidade e a privacidade das conjugalidades familiares homossexuais, outro direito fundamental de grande relevância expressamente destacado no julgamento foi o direito de igualdade.

Com efeito, o enfrentamento da discriminação por motivo de orientação sexual tem

sido, no campo dos direitos fundamentais, a arena mais profícua em que os tribunais vêm atuando. Alicerçados no direito de igualdade e qualificando a homossexualidade ora como identidade pessoal, ora como prática sexual juridicamente permitida (note-se que o julgamento do STF aludiu ora a “preferência sexual”, ora a “opção sexual” e ora a “orientação sexual”), cortes judiciais mundo afora vêm concretizando esse direito fundamental como proibição de discriminação.

Nesse diapasão, ainda que o caso analisado não tenha avançado, em sua fundamentação, para as fronteiras da proibição de discriminação contra travestis e transexuais, não resta dúvida de que ficou afirmada, sem qualquer equívoco, no direito constitucional brasileiro, a ilegitimidade da discriminação homofóbica com base na compreensão adequada da proibição de discriminação por motivo de sexo.

Por fim, ao concluir essa seção, em que são destacados alguns tópicos dentre as inúmeras razões aduzidas pelos votos proferidos no julgamento aludido, chama atenção a introdução da categoria “homoafetividade”.

Sem colocar em questão em momento algum a intenção antidiscriminatória que inspirou a criação e introdução desse neologismo, seus termos fazem pensar sobre as concepções que o acompanham e os efeitos que dele podem exsurgir.

Como se sabe, a discriminação homofóbica que se enfrenta e que gera, no direito de família conservador, a resistência ao reconhecimento de uniões homossexuais radica-se, em primeiro lugar, no sexo e na sexualidade. Diz-se no sexo pelo fato de que foram as práticas e condutas sexuais que engendraram a rejeição de indivíduos (o conceito medieval de sodomia como prática, e não como identidade sexual) e de suas relações; diz-se também na sexualidade, na medida em que ela designa a esfera da

realidade em que certas condutas e, posteriormente, certas identidades são desvalorizadas e estigmatizadas. Sexo e sexualidade, ademais, são âmbitos da realidade e configuram experiências individuais e realidades sociais historicamente objeto de tabu e interdição, ainda que esses mecanismos, longe de extirpá-los da realidade, a eles agreguem diversos sentidos e dinâmicas do desejo, diversas formas de organização e de controle sociais e políticos.

Assim procedendo, o neologismo empregado acaba por retirar de cena, precisamente, o sexo e a sexualidade, substituindo-os pela noção de afetividade. Essa operação semântica, certamente bem intencionada e bem sucedida em sua recepção pela maioria das pessoas, termina por inscrever-se na tradição em que sexo e sexualidade são objeto de controle e repressão, o que não colabora com a força normativa e os sentidos vividos na sociedade e na cultura em matéria de liberdade e de igualdade sexuais.

Isso fica ainda mais claro se tormarmos em consideração o fato de que homossexuais são pessoas cuja identidade social, vítima de estigma e discriminação, está marcada exatamente pela sexualidade (daí, inclusive, a utilização por alguns da expressão “identidade sexual”, para referir-se à homossexualidade) e que a “fobia”, que se manifesta na “homofobia”, é desencadeada pelas práticas e condutas relacionadas ao sexo e à sexualidade entre iguais, às quais posteriormente se associa uma identidade sexual.

Assim, se é que algumas relações interpessoais marcadas pela coincidência sexual podem ser referidas indiretamente como “afeto pelos iguais”, em todas as outras situações em que a sexualidade e o sexo estejam presentes e não tenham, deliberadamente, por parte de seus partícipes, esse conteúdo afetivo, volta a reproduzir-se a discriminação associada ao sexo e à sexualidade. Desse modo, esse recurso pode ter o efeito de aumentar a estigmatização

contra práticas, estados e identidades homossexuais em que o afeto não é decisivo, primordial, relevante e é, até mesmo, explicitamente desconsiderado, como no caso de envolvimentos puramente sexuais, sem objetivo de relacionamento afetivo, sem falar em expressões de práticas e representações da sexualidade, como o trabalho sexual, a literatura e a arte em geral que se debruçam sobre esses temas.

Nessa linha, com a devida licença para usar uma analogia cujos termos não coincidem completamente, mas que se revela útil, seria como pensar em estratégias de combate à discriminação racial e ao racismo que se utilizassem de recursos semânticos que eliminassem qualquer referência precisamente ao que foi e continua sendo o desencadeador do preconceito e da discriminação, qual seja, o elemento racial acionado pelo discriminador. Esse procedimento não seria somente despolitizador, por ter o efeito de anular a denúncia e a injustiça das visões hierarquizantes e inferiorizantes com base na raça, como também teria uma consequência negativa quanto à existência, à estima e ao reconhecimento das identidades raciais de tantos quantos nesses contextos, de forma positiva e afirmativa, assim forjam suas vidas e identidades.

No campo da sexualidade, o efeito é o de propor-se a enfrentar a homofobia (que é a fobia relacionada ao sexo e à sexualidade entre iguais), precisamente, com a eliminação ou o esquecimento daquilo que é o motivo, o fator desencadeador do processo de estigmatização e de discriminação. Seria como se fôssemos combater o racismo sem falar em raça, sem enfrentar os tabus e os estigmas injustamente associados a esse campo da experiência e da vida social, provocando um efeito silenciador e anestésico da injustiça racial – no caso da homofobia, da injustiça sexual. Numa paráfrase do famoso verso acerca do “amor que não ousa

dizer o seu nome”, o resultado produzido aqui é do “sexo que não ousa dizer o seu nome”.

Toda essa dinâmica, como ressaltado, tem efeitos deletérios e prejudiciais para as experiências do sexo e da sexualidade em que o afeto não está presente ou não se apresenta como objetivo almejado. No caso das relações homossexuais, pode-se dizer que uma das funções desempenhadas pela qualificação afetiva dos relacionamentos é de natureza assimilacionista³. Vale dizer, o recurso à afetividade funciona como elemento “purificador” da sexualidade e, em especial, da sexualidade homossexual.

Relacionamentos homossexuais, assim “higienizados” do que há de sexo e de sexual na homossexualidade, podem ser aproximados, assimilados, incorporados aos padrões vigentes daqueles que não têm dificuldade de apresentar-se sexuais – no caso, os relacionamentos heterossexuais. Nesse sentido, pode-se indagar acerca dos debates havidos no curso do julgamento, à medida que os diversos ministros iam explicitando sua argumentação, quanto à propriedade das uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito de família: seriam elas “uniões homossexuais estáveis” ou, coisa diversa, “uniões estáveis homossexuais”?

3. Desafios em matéria de orientação sexual e identidade de gênero: criminalização da homofobia, despatologização e afirmação da laicidade

A necessidade de uma abordagem mais forte contra a discriminação por orientação sexual fica patente em face dos desafios atuais no contexto brasileiro. Os debates sobre criminalização da homofobia, a proposta de disponibilização pública de tratamentos terapêuticos para reversão da homossexualidade e a tendência à patologização da transexualidade deixam claro quanto o heterossexismo reage diante do reconhecimento de direitos sexuais e quanto ameaçados estão os direitos até agora conquistados.

3.1. Criminalização da homofobia

A prevenção e a repressão de condutas homofóbicas caminham lado a lado com o reconhecimento dos direitos fundamentais vinculados à orientação sexual e à identidade de gênero. Diante da intensidade da violência homofóbica no Brasil, mostra-se necessária uma reação mais forte, que inclua, no seio da legislação antidiscriminatória, proteção de natureza criminal. Com efeito, um dos desafios básicos para a democracia no Brasil é a construção de uma sociedade sem discriminações, em que

³ Para desenvolvimento desse argumento de modo mais sistemático, ver Rios (2013a).

a liberdade de cada um conduzir sua vida de modo autônomo seja respeitada. Para tanto, é preciso agir em várias frentes: medidas educativas, oportunidades de participação política e serviços públicos de saúde, segurança e justiça preparados para lidar com a diversidade – tudo isso é necessário.

Nesse contexto, a legislação antidiscriminatória se revela um dos instrumentos mais importantes. Não é por acaso que, desde o final do nazi-fascismo, preconceito e discriminação têm sido criminalizados. No Brasil, por exemplo, a lei nº 7.716/1989 define como crime tratamentos discriminatórios por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; ao seu lado, há projetos legislativos visando acrescentar a essa lista a proibição de práticas homofóbicas.

As funções que a legislação penal cumpre são insubstituíveis: além de possibilitar a punição de atentados graves contra a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, a lei penal tem caráter pedagógico e simbólico. Ela aponta quais são os bens jurídicos mais relevantes, entre os quais se inclui, sem dúvida, numa sociedade democrática e pluralista, o respeito à diversidade. A inclusão da homofobia entre as formas de discriminação penalmente puníveis é justa e necessária. Necessária porque, além de ter caráter repressivo pela punição de atos homofóbicos, atua preventivamente, evitando e desencorajando tais práticas. Justa porque fortalece o respeito à diversidade e à dignidade humana, sem o que não há garantias para a igual liberdade de todos, independentemente de cor, origem, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou de quaisquer outras diferenças.

Deixar a homofobia fora da lista de discriminações que a lei penal sanciona é relegar um sem-número de cidadãos a uma cidadania de segunda classe. Ao mesmo tempo, é minar o convívio pluralista e tolerante, sem o qual

ninguém pode sentir-se seguro de que não será discriminado em virtude de sua identidade – cor, origem, raça, deficiência, idade – ou de escolhas fundamentais relacionadas a religião, sexo, gênero, orientação sexual.

Não se trata de cerceamento das liberdades de opinião ou de religião. Assim como na proibição do racismo, o que se quer evitar é que a injúria e a agressão, fomentadoras do ódio e da violência, campeiem sem restrições, pondo em risco e ofendendo a vida e a dignidade. A proibição de discursos e práticas discriminatórias não inviabiliza as liberdades de opinião, crença e manifestação. Ao contrário, a prática das liberdades no mundo plural requer seu exercício sem violência ou intolerância (como, aliás, legitimamente ocorre na criminalização do escárnio público de alguém por crença religiosa).

3.2. Tratamentos terapêuticos de “reversão da homossexualidade”

Se a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia acaba por enfraquecer o enfrentamento das violações por motivo de orientação sexual e de identidade de gênero, ainda mais flagrante é a ameaça aos direitos humanos e fundamentais representada pela tentativa de institucionalizar, no sistema público de saúde, terapias de “reversão da homossexualidade”.

É o que ocorre no parlamento federal brasileiro, em que nas últimas legislaturas há projetos objetivando anular resolução do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe o oferecimento de tratamentos psicológicos desenvolvidos sob a premissa de que a homossexualidade seria uma doença. Com o pretexto de garantir a liberdade de profissão e de consciência titularizada pelos profissionais psicólogos, tais projetos esquecem que a resolução atacada versa, na verdade,

sobre ética na profissão psicológica, ao dispor que, efetivamente, psicólogos não podem tratar como se fosse doença aquilo que não é (a orientação sexual homossexual). Com efeito, não há “liberdade de diagnosticar” como doença aquilo que o conhecimento científico consolidado já demonstrou não ser doença, ainda mais quando motivações preconceituosas se fazem presentes, nutridas por convicções desprovidas de qualquer base científica.

Não bastasse isso, a pura e simples disseminação da ideia de “cura gay” é discriminatória e danosa, em especial para (a) pessoas que sofrem grave preconceito e discriminação homofóbicos e não encontram condições de reagir e (b) crianças, adolescentes e jovens que estão em especial posição de vulnerabilidade, inclusive no espaço familiar, quando suas famílias se deixam contaminar pelo preconceito. A ideia de “cura gay”, em si mesma, deixa inquestionada e naturaliza um lugar privilegiado para a heterossexualidade em detrimento de todas as demais expressões da sexualidade, configurando verdadeiro heterossexismo. Nessa linha, mostra-se inadequada, portanto, qualquer perspectiva que objetive criticar a “cura gay” com argumentos que busquem justificar a “normalidade” da homossexualidade, pois heterossexualidade e homossexualidade são expressões sociais, culturais, históricas e políticas dos modos de existir como indivíduo e de organizar a sociedade.

O espaço público democrático, em especial a esfera estatal, não admite desrespeito ou considerações pejorativas e negativas, por palavras e atos, em desfavor de cidadãos, com motivação discriminatória, tais como comparar condutas homossexuais a atos legalmente ilícitos (“não desrespeitamos homossexuais, mas sim condutas homossexuais, porque ilegítimas, porque são como roubar ou ofender alguém”). Isso sem falar no risco de alguns defenderem tais posições com objetivos econômicos, como

ter à disposição recursos públicos da saúde, a serem utilizados por instituições privadas, de modo contrário ao conhecimento científico e com propósito discriminatório.

3.3. Abordagens biomédica e de direitos humanos da identidade de gênero

Por fim, as demandas envolvendo identidade de gênero revelam outro dos desafios brasileiros contemporâneos em matéria de direitos sexuais. Elas podem ser agrupadas conforme o direito disputado⁴ (retificação de nome civil; retificação de sexo no registro civil mediante procedimento médico de mudança de sexo; retificação de nome e de sexo no registro civil sem a necessidade de procedimento médico⁵) e conforme a argumentação invocada para sustentar o pedido (argumentos biomédicos e argumentos de liberdade, autonomia, privacidade, respeito à dignidade e igualdade).⁶

Articulando esses dois grupos, podem-se examinar os direitos disputados com base na argumentação desenvolvida⁷. Em um grupo, constatam-se demandas por retificação de nome e de sexo com a necessidade de aprovação e procedimentos médicos; no outro grupo, esses direitos não dependem da aprovação biomédica, muito menos da submissão do indivíduo a procedimentos terapêuticos, sejam esses

⁴ Estas, conforme se constata pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela unificação jurisprudencial e pela última palavra quanto à interpretação da legislação civil, são as demandas mais recorrentes e relevantes nos tribunais brasileiros. (BRASIL, 2012).

⁵ Há, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade objetivando interpretação conforme a Constituição da legislação civil, facultando a mudança de nome e de sexo sem a necessidade de procedimento cirúrgico. Ver Brasil (2009).

⁶ Ver, para um desenvolvimento mais detalhado, Rios (2012).

⁷ Ver Porto Alegre (2009): decisão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região de incluir, no sistema público de saúde nacional, os procedimentos para mudança de sexo.

cirúrgicos ou não. Nesta análise, a abordagem do primeiro grupo recebe o nome de abordagem biomédica, ao passo que a abordagem do segundo grupo denomina-se abordagem de direitos humanos.⁸

A abordagem biomédica das questões jurídicas de identidade de gênero privilegia a perspectiva da doença e do distúrbio psíquico-orgânico (a transexualidade como disforia de gênero, popularizada na expressão “erro da natureza”). Nessa linha, ela desenvolve uma argumentação jurídica centrada no exercício do direito à saúde, entendido como acesso a uma prestação de saúde. Essa abordagem carrega consigo a patologização como estratégia de legitimação do direito pleiteado: sem o reconhecimento do defeito da natureza, não há aprovação social, moral e jurídica. A premissa de seu raciocínio é o binarismo de gênero e, mais ainda, a conformidade do sexo biológico ao gênero referendado pelo tratamento médico. Sua lógica é normalizadora, vale dizer, submissão aos padrões vigentes e reificados nas identidades masculina e feminina, experimentadas como manifestações das duas únicas possibilidades de corpo sexual: macho e fêmea, homem e mulher.

A abordagem de direitos humanos das demandas de identidade de gênero, a seu turno, vislumbra a existência concreta dos indivíduos com base em um amplo leque de possibilidades, isto é, na diversidade sexual. Desse modo, estrutura sua argumentação mediante a concretização dos direitos humanos e fundamentais de liberdade, privacidade, respeito à dignidade humana e igualdade, compreendidos como proibição de discriminação por motivo de sexo e de gênero.

Por essa via argumentativa, parte-se do reconhecimento e da aceitação da diversidade como um fato e como algo a ser valorizado e promovido, sem a necessidade de legitimar os diversos modos de estar no mundo e de vivenciar a sexualidade pela conformidade ao binarismo de gênero. Nesse contexto, é importante registrar a existência, no parlamento federal brasileiro, de projeto de lei sobre identidade de gênero, elaborado de acordo com essa perspectiva.⁹

Do ponto de vista dos direitos humanos, a dianteira de uma ou outra perspectiva não é irrelevante. Ao contrário, a força normativa da Constituição e o consequente dever de adotar a compreensão que maior eficácia empreste aos direitos fundamentais requer a prevalência da interpretação que harmonize, se necessário, o direito à saúde da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana. Não se trata de hierarquizar direitos fundamentais, privilegiando direitos de liberdade

⁸Sobre o tema, noticiando o debate no direito estadunidense e fazendo a aproximação com o direito brasileiro, ver Suiama (2011, p. 166-207).

⁹Trata-se do projeto de lei nº 5002/2013.

negativa sobre direitos prestacionais positivos. O que está em jogo é como dar concretude à noção da indivisibilidade e da interdependência entre os vários direitos humanos fundamentais, de modo a alcançar a maior eficácia jurídica de todos os direitos fundamentais.

O fenômeno da transexualidade é emblemático para se demonstrar essa dinâmica entre os vários direitos fundamentais. Isso porque a medicalização é a abordagem que predomina quando o assunto é transexualidade, do que decorre a ênfase no debate sobre o direito à intervenção cirúrgica, instrumento apto a reparar o “erro da natureza”. Como acima referido, a essa perspectiva biomédica subjaz o chamado “binarismo de gênero”, vale dizer, a concepção segundo a qual as identidades sexuais masculina e feminina correspondem a certos padrões pré-determinados, resultantes de uma série de elementos e características. Quem define essa combinação é, basicamente, a atuação combinada de duas ordens de saberes e de crenças: o poder que detêm os profissionais da saúde (vistos como guardiões do saber biomédico) de definir “cientificamente” quem é homem e quem é mulher e, a seu lado, a prevalência de determinadas percepções, socialmente dominantes, sobre o que é ser masculino e o que é ser feminino. Tanto é verdade que, para a apropriação médica da transexualidade como algo reservado à atuação e ao saber médicos, foi necessário separar os “verdadeiros” transexuais (mediante a enumeração de sintomas determinados) dos “falsos” transexuais.

Se tal binarismo for adotado no enfrentamento jurídico das questões relacionadas à identidade de gênero, estar-se-á reforçando a rigidez e a determinação por terceiros (os detentores do saber médico e as crenças majoritárias sobre o que é ser verdadeiramente feminino e masculino) acerca da identidade sexual e de gênero que cada indivíduo experimenta e

desenvolve em sua vida; o que se estará enfraquecendo, quando não comprometendo mortalmente, é o conteúdo jurídico dos direitos de liberdade, de igualdade, de não discriminação e do respeito à dignidade humana.

Nesse contexto, em que a autonomia e a igualdade, que são os valores básicos do constitucionalismo democrático, serão eclipsadas pelo poder alheio da medicalização e de opiniões socialmente dominantes, só restará uma alternativa aos seres humanos: deixar-se enquadrar no processo classificatório imposto por essas forças, segundo as quais o ser homem e o ser mulher, o ser masculino e o ser feminino dependerão sempre do atestado alheio, que exige e impõe o enquadramento de acordo com um processo classificatório heterônomo, baseado na avaliação de um conjunto de características que abrange fatores genético, gonadal, endócrino, genital e psíquico.

Se acaso for adotada uma perspectiva que assuma acrítica ou ingenuamente esse binarismo de gênero, estar-se-á a perpetrar uma série de restrições a diversos direitos fundamentais. Isso porque uma solução que se fundamente exclusivamente numa concepção biomédica e limitada conduz não só à limitação da esfera de autodeterminação de indivíduos “heterossexuais normais” (homens heterossexuais dotados de modos mais delicados e temperamento mais sensível, por exemplo, são excluídos em testes psicotécnicos para cargos públicos policiais por não atenderem à “escala de heterossexualidade”) e de transexuais (que podem pleitear judicialmente, já tendo obtido sucesso, alteração de nome e registro civil sem submeter-se à cirurgia de transgenitalização), como também produz e legitima graves violações de direitos fundamentais de mulheres, travestis e homossexuais.

Para os direitos das mulheres, uma solução orientada por tal binarismo rígido reforça dinâmicas históricas de subordinação feminina,

reproduzindo situações e ideologias que reservam às mulheres o domínio do lar e um papel secundário na vida pública, social e econômica. Com relação à homossexualidade, uma perspectiva que reforce o binarismo de gênero é devastadora. No horizonte dessa dinâmica binária, a atração ou a conduta sexuais de alguém em direção a indivíduo do mesmo sexo são consideradas anormais e intoleráveis. Tanto que a proposta daqueles a quem mais incomoda e os quais menos toleram a diversidade sexual (que é o oposto do binarismo) é, pura e simplesmente, a eliminação da homossexualidade mediante a sua cura, por meio de tratamentos médicos ou de rituais e práticas religiosas comunitárias, quando não a criminalização. Para os direitos das travestis, o reforço do binarismo de gênero é ainda mais violento. As travestis, encarnando quiçá a experiência mais radical da autonomia individual diante das convenções sociais sobre o que é padronizado como “natural” quanto ao sexo e sobre o que é tolerável pelos padrões tradicionais e dominantes de convívio entre homens e mulheres, ousam inventar um novo modo de ser em termos de gênero, transitando verdadeiramente nas “fronteiras do gênero”.

3.4. Laicidade e direitos sexuais

Sem perder de vista a diversidade de questões e a originalidade de cada um desses desafios (criminalização da homofobia, propostas de tratamentos terapêuticos e necessidade de uma abordagem de direitos humanos da identidade de gênero), há um pano de fundo no cenário brasileiro atual que perpassa todos esses debates e reivindicações. Cuidar-se da consolidação da laicidade estatal como princípio organizador das políticas públicas, legislação e jurisprudência, diretriz que se encontra ameaçada por projetos de poder levados a cabo por forças políticas presentes na sociedade brasileira, representantes de um pensamento cristão de matriz fundamentalista e com explícita militância política¹⁰.

Com efeito, a relação entre o conteúdo jurídico desse princípio e a proteção dos direitos humanos e fundamentais relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero pode ser afirmada pelos elementos destacados pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência vem salientando a laicidade (a) como princípio organizador da vida política nacional, (b) como proteção relacionada ao direito fundamental de liberdade religiosa e (c) como conteúdo jurídico protetivo da autonomia privada.

Em primeiro lugar, a laicidade foi afirmada como princípio constitucional organizador da vida política nacional (saliente as manifestações do

¹⁰ Ver Vital da Cunha (2012).

Ministro Celso de Mello, em especial na ADPF nº 132¹¹ e na ADI nº 3510¹²). Qualificando o Estado brasileiro como laico, secular e democrático, o Supremo Tribunal Federal vislumbra na laicidade um postulado essencial da organização institucional do Estado, decorrente de uma decisão política fundamental, que demarca domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (secular).

Para tanto, identificam-se, ao menos, duas direções. A primeira direção atenta para a conduta estatal perante as instituições religiosas e as respectivas crenças. Trata-se da vedação de interferência estatal no espaço privado em que se insere e se organiza a fé religiosa, em defesa da liberdade religiosa de indivíduos e de grupos, assim como das instituições religiosas que se formam nesse contexto. A outra direção cuida de eventual movimento das instituições religiosas em face do Estado. A laicidade requer que o Estado, diante de tal espécie de pretensão, não se deixe contaminar, nas suas ações ou omissões, por princípios teológicos ou razões de ordem confessional, ainda que provenientes de setores majoritários na sociedade. Aqui, portanto, se insere a resistência que é exigida pelo Estado diante de iniciativas fundamentalistas que objetivem se apropriar das estruturas estatais. Dessa primeira dimensão, em que a atenção se volta para a laicidade como princípio organizador da vida política, deflui a interdição de que concepções morais de cunho religioso guiem a conduta estatal quando estão em causa direitos fundamentais.

Em segundo lugar, e em estreita relação com a dimensão organizativa, a laicidade se apresenta como princípio que objetiva proteger a liberdade religiosa em particular na sociedade democrática e plural, dimensão também subli-

nhada pelo Ministro Celso de Mello, nos precedentes referidos. Tanto assim que se incluem, no conteúdo material da laicidade, as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa, em respeito ao pluralismo. O mandamento de neutralidade axiológica, presente na laicidade, é compreendido como uma exigência que tem por finalidade preservar a integridade da liberdade religiosa dos cidadãos.

Se a relação entre laicidade e liberdade religiosa (que é uma liberdade fundamental específica) é direta e explícita, vale destacar, num terceiro momento, a relação entre a laicidade e o direito fundamental geral de liberdade, de modo ainda mais amplo. A laicidade do Estado, conjugada com a autonomia privada, conduz à proteção da liberdade individual de agir, por exemplo, em matéria reprodutiva, de acordo com seus valores e convicções (voto do Ministro Joaquim Barbosa, na ADIN nº 3.510).

Mediante a enumeração de alguns aspectos da laicidade, sublinhados pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes que discutem direitos sexuais (reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo) e reprodutivos (destino de células fecundadas na utilização de técnicas de fertilização artificial e interrupção de gestação de fetos em caso de anencefalia), pode-se adentrar na relação entre a laicidade e os direitos sexuais e reprodutivos em geral, com os olhos voltados para os deveres fundamentais de proteção.

Com efeito, tanto direitos constitucionais que garantem posições jurídicas fundamentais a seus titulares (como ocorre nos direitos de liberdade sexual e reprodutiva, assim como na liberdade religiosa, por exemplo), quanto princípios fundamentais organizadores da vida política (como é o caso da laicidade, no primeiro aspecto destacado nos julgamentos referidos) exigem ações e omissões estatais, ambas em favor da proteção, promoção e concretização dos

¹¹ Ver BRASIL (2011).

¹² Ver BRASIL (2010).

seus respectivos objetos de proteção. Omissões, a fim de que o ente estatal não invada espaço de liberdade garantido aos indivíduos; ações, como imperativos de tutela dos bens da vida (liberdade sexual e reprodutiva) considerados fundamentais pela ordem constitucional.

Como visto na primeira parte, a laicidade se apresenta, objetivamente, como princípio constitucional fundamental, como “princípio da separação das confissões religiosas do Estado” (superação dos modelos de união político-religiosa) e como “princípio da não confessionalidade” (apartamento estatal das matérias e sujeitos religiosos e atuação submetida à não confessionalidade)¹³. Ao mesmo tempo, ela se conecta, de modo íntimo, a direitos subjetivos constitucionalmente previstos, em especial à liberdade geral, à liberdade sexual e reprodutiva, à liberdade religiosa e ao direito de igualdade, este como mandamento que proíbe a discriminação por motivos religiosos.

Sendo assim, pode-se estabelecer uma relação de mão dupla entre a laicidade e os direitos fundamentais. Vale dizer: considerar tanto o que a laicidade acarreta para a compreensão e o exercício de direitos fundamentais, quanto aquilo que a previsão de direitos fundamentais (em especial, sexuais e reprodutivos) aponta para a compreensão da laicidade e dos deveres de proteção a ela associados.

De um lado, a laicidade é princípio organizativo que se radica e pode ser visto como uma emanação do direito fundamental de liberdade religiosa, a essa liberdade servindo e concretizando. Desse modo, ao concretizar os direitos fundamentais, a laicidade exige que o Estado não adote nenhuma perspectiva religiosa, que não se utilize de diretrizes religiosas ao agir, que não discrimine indivíduos e grupos em virtude da presença ou da ausência de crenças religiosas.

De outro lado, os variados direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, a que estão associados deveres constitucionais de proteção por parte do Estado, obrigam-no não somente a abster-se de agir informado por diretrizes religiosas, como também a tomar medidas positivas e concretas quando pretensões religiosas tentarem, valendo-se ou não do aparato estatal, criar obstáculos para o exercício dos direitos fundamentais. De outro modo, omitindo-se de modo inconstitucional, o Estado compactua com violações a direitos fundamentais, precisamente por não se comprometer com a laicidade que não é somente princípio organizativo e manifestação da dimensão objetiva da liberdade religiosa, mas também se relaciona com a proteção da liberdade, de modo amplo, e com outros direitos fundamentais. Esse descompromisso, do ponto de vista jurídico, pode ser traduzido como omissão (relativa ao dever constitucional de proteção) contrária ao princípio constitucional fundamental que é a laicidade, compreendido de modo global.

A laicidade se apresenta como liberdade, tanto de modo negativo (ausência de interferência indevida), como positivo (condições possibilitadoras do exercício dos direitos). No primeiro sentido, de modo negativo, impedindo que o Estado (em toda sua gama de atividades legislativa, executiva e judiciária) se valha de diretrizes religiosas ao concretizar esses direitos; no segundo sentido, de modo positivo, obrigando o Estado a atuar, a fim de proteger os direitos sexuais de indivíduos e de grupos, sempre que interferências religiosas intentem tomar ou restringir as condições para o reconhecimento e o exercício, nos espaços públicos, de tais direitos.

Tome-se a hipótese dos direitos sexuais. O Estado, organizado sob a égide da laicidade, tem de desenvolver uma legislação, jurisprudência, administração e políticas públicas que, no âmbito da saúde, não somente evitem a

¹³ Ver Weingartner Neto (2010, p. 170).

adoção de diretrizes religiosas, mas também que não se omitam caso pretensões ou iniciativas religiosas disseminem a subordinação feminina ou a homofobia.

Nessa linha, pode-se refletir, por exemplo, com base na decisão prolatada na ADPF nº 132. A conclusão de que o Estado brasileiro, ao não disciplinar legalmente a união estável homossexual, omite-se, de modo inconstitucional, quanto aos seus deveres constitucionais de proteção dos direitos fundamentais de liberdade sexual e de não discriminação por motivo de orientação sexual, demonstra que o direito fundamental de não discriminação por motivo de orientação sexual informa a laicidade. Como constitucionalmente prevista, a laicidade se concretiza como um dever de agir para que razões religiosas não triunfem no espaço público e, desse modo, não imponham restrições inconstitucionais ao exercício da liberdade sexual e da não discriminação por motivo de orientação sexual.

Conclusão

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo, em matéria de direitos humanos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero, caracteriza-se pelo avanço de determinadas demandas, resistência a medidas de proteção e, ao mesmo tempo, riscos concretos de retrocesso.

De fato, é inegável a importância e o peso, no mundo jurídico, da decisão do Supremo Tribunal Federal referente à união estável de pessoas do mesmo sexo. Ao afirmar o *status* de direito fundamental da liberdade sexual e da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual e, ao reconhecer a diversidade sexual como um dado relevante e protegido pelo direito constitucional, a atuação do tribunal acabou por consolidar uma trajetória jurisprudencial de reconhecimento de direitos, em especial quanto à orientação sexual. Oxalá posicionamento jurisprudencial igualmente fortalecedor dos direitos humanos e fundamentais se verifique quando o tribunal vier a apreciar a ação de inconstitucionalidade que diz respeito à identidade de gênero, cuja fundamentação reflete uma abordagem de direitos humanos.

Por outro lado, há resistência cada vez maior às propostas legislativas que instituem respostas criminais para o enfrentamento da homofobia, articulada em especial por setores que investem na contaminação do debate público democrático pela invocação de razões religiosas, em nítida afronta à laicidade estatal.

Nesse contexto, a luta contra a homofobia e o heterossexismo, que engendram a discriminação por orientação sexual sofrida por gays, lésbicas, travestis e transexuais, é arena decisiva. Ela permite, ao mesmo tempo em que os direitos sexuais são desenvolvidos, superar graves in-

justiças e construir padrões mais democráticos e pluralistas de convívio social, de modo que o necessário respeito à diversidade se torne valor básico para todos.

Sobre o autor

Roger Raupp Rios é juiz federal, mestre e doutor em Direito (UFRGS) e professor do curso de mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário UniRitter – Porto Alegre. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

SEXUAL RIGHTS IN BRAZIL: TRENDS AND TENSIONS

ABSTRACT: This paper analyses the legal treatment on homosexuality in Brazilian law, highlighting the main trends and tensions in such field, specially considering the Brazilian Supreme Court decision on same sex partnership and Family Law. It emphasizes the most important challenges related to sexual orientation and gender identity, such as the criminalization of homophobia, the initiatives considering medical therapy on homosexuality, the biomedical approach on gender identity, and the crucial importance of secularity.

KEYWORDS: SEXUAL RIGHTS. BRAZILIAN LAW. HOMOSEXUALITY. SEXUAL ORIENTATION. GENDER IDENTITY. HOMOPHOBIA. SECULARITY.

Referências

- ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros. *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Brasília: ANIS, 2007. Disponível em: <http://www.anis.org.br/biblioteca/2014-12/Livro_Legislacao_e_Jurisprudencia_LGBTTTpdf.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.
- BOSI, Alfredo. *A dialética da colonização*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992.
- BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*, 8 jan. 1831.
- _____. Decreto n. 949, de 5 de novembro de 1890. Estabelece um Código Penal para a Armada. *Coleção de Leis do Brasil*, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-949-5-novembro-1890-553428-publicacaooriginal-71316-pe.html>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

¹⁴ Sem revisão do editor.

_____. Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Co-munitária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de emenda constitucional n. 67 de 1999*. Brasília, 30 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual. Brasília: Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2004. 31 p. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 7 ago 2015.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 6 ago. 2015.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275. *Supremo Tribunal Federal*, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 29 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de direito fundamental n. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 5 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011.

_____. *O STJ e as possibilidades de mudança no registro civil*. [Brasília: Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ], 23 set. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/O-STJ-e-as-possibilidades-de-mudan%C3%A7a-no-registro-civil#>. Acesso em: 1º set. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 5.002 de 2013*. Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Lei n. 11.697, de 13 de junho de 2008. [Lei orgânica do Distrito Federal]. *Diário Oficial da União*, 16 jun. 2008.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os homossexuais diante da Justiça: relato de uma Ação Civil Pública. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando; RIOS, Roger Raupp. *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MATO GROSSO (Estado). *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Cuiabá, 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70444/CE_MatoGrosso.pdf?sequence=11>. Acesso em: 7 ago. 2015.

MINAS GERAIS (Estado). Lei n. 9.791 de 12 de maio de 2000. Dispõe sobre a ação do Município no combate às práticas discriminatórias, em seu território, por orientação sexual. *Tribuna de Minas*, 13 maio 2000. Disponível em: <http://www.jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023610>. Acesso em: 11 ago. 2015.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

PORTO ALEGRE (Cidade). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível n. 2001.71.00.026279-9. Relator: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. DJ, 15 jul. 2009. *Diário eletrônico*, 3 ago. 2009. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador>>.

php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200171000262799&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=5e910e7bda1a4eb31c0157cc87ae28fe&txtPalavraGerada=WDVe&txtChave=>. Acesso em: 7 ago. 2015.

PORTUGAL. *Ordenações do senhor rey Dom Affonso V.* [Ordenações afonsinas, 1446]. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

_____. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei n. 11.872, de 19 de dezembro de 2002 que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, 20 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.872.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

RIOS, Roger Raupp. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?: por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: UZIEL, A. P., Grossi M., MELLO, L. (Org.). *Conjugualidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 109-30.

_____. Sexual Rights of Gays, Lesbians, and Transgenders Persons in Latin America: A Judge's View. In: CORRALES, Javier; Pecheny, Mario (Org). *The politics of Sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 251-258.

_____. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, R. R., GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C., (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

_____. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana. (Org.). *O triunfo do corpo*: polêmicas contemporâneas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 85-118.

_____. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilística*, ano 2, n. 2, 2013a. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-uniões-homossexuais-e-a-família-homoafetiva-o-direito-de-família-como-instrumento-de-adaptação-e-conservadorismo-ou-a-possibilidade-de-sua-transformação-e-inovação/>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad. In: BORILLO, D.; CASTILLO, V. *Derecho y política de las sexualidades*: una perspectiva latino-mediterránea. Barcelona: Huygens Editorial, 2013b. p.73-94. Disponível em: <<http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/M4%20R.%20Rios%20Derechodelasexualida.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIOS, Roger Raupp; SHAFER, Gilberto; BORBA, Felipe. Direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 26, n. 127, p. 311-330, 2012.

RIOS, Roger Raupp; SANTOS, Wederson. Diversidade sexual, educação e sociedade: reflexões a partir do Programa Nacional do Livro Didático. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. *Homofobia e educação*: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Lei estadual n. 10.948, de 5 de novembro de 2001 que dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

SERGIPE (Estado). *Constituição do Estado de Sergipe*. Aracaju, 1989. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/constituicao_estadual.asp>. Acesso em: 28 de agosto de 2013.

SUIAMA, Sérgio. Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. In: RIOS, R. R., GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C. (Org.) *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 166-207.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Adriana. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 51-62.

VITAL DA CUNHA, Christina. *Religião e política: uma análise de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *A liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.