

Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil

Roger Raupp Rios¹

Desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Sumário: Introdução. 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. 1.2 Direitos fundamentais, orientação sexual e identidade a partir de 1988: tendências e tensões desde as primeiras demandas até a decisão do Supremo Tribunal Federal (2011). 2. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo. 2.1 Repercussões jurídicas, políticas e sociais da decisão do Supremo Tribunal Federal. 2.2 A argumentação do Supremo Tribunal Federal: perspectivas e tensões diante dos direitos sexuais. 3. Desafios atuais em matéria de orientação sexual e identidade de gênero. 3.1 Criminalização da homofobia. 3.2 Tratamentos terapêuticos de “reversão da homossexualidade”. 3.3 Abordagens biomédica e de direitos humanos diante da identidade de gênero. 3.4 Laicidade e direitos sexuais. Conclusão.

Resumo: o artigo aborda a evolução do regime jurídico da homossexualidade no Brasil, traçando um percurso que vai da repressão no período colonial até a descriminalização consolidada pela Constituição de 1988. O conteúdo destaca o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal, analisando detalhadamente a decisão histórica de 2011 que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo e seus impactos sociais. Além dos marcos legais, o autor examina tensões contemporâneas, como os debates sobre a criminalização da homofobia e a proibição de terapias de reversão sexual. Também explora a relação entre o Estado laico e a garantia de direitos humanos para identidades de gênero diversas. Por fim, propõe uma reflexão sobre os desafios atuais que permeiam a proteção jurídica e a dignidade da população LGBTQIA+ no cenário nacional.

Palavras-chave: Direitos LGBTQIA+ no Brasil; evolução jurídica; criminalização da homofobia; igualdade; dignidade da pessoa humana; laicidade; terapias de reversão sexual.

Abstract: the article discusses the evolution of the legal framework regarding homosexuality in Brazil, tracing a path from colonial-era repression to the decriminalization solidified by the 1988 Constitution. It highlights the fundamental role of the Supreme Federal Court (STF), analyzing the landmark 2011 decision that recognized same-sex unions and its social impacts. Beyond legal milestones, the author examines contemporary tensions, such as debates over the criminalization of homophobia and the ban on sexual conversion therapies. It also explores the relationship between the secular state

¹ Mestre e doutor em Direito pela UFRGS. Professor do PPG Direito Unisinos e do mestrado profissional da Enfam. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

and the guarantee of human rights for diverse gender identities. Finally, it reflects on current challenges surrounding the legal protection and dignity of the LGBTQIA+ population in the national landscape.

Key words: LGBTQIA+ rights in Brazil; legal evolution; criminalization of homophobia; equality; dignity of the human person; secularism; sexual conversion therapies.

Introdução

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

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 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 nesta 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 nas 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 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,

² Sobre o quadro mais amplo da reflexão sobre os direitos objeto deste trabalho, considerando o cenário latino-americano, ver meu artigo “Sexual Rights of Gays, Lesbians, and Transgender Persons in Latin America: A Judge’s View”. In: *The politics of sexuality in Latin America: A reader on lesbian, gay, bisexual and transgender rights*. Corrales, Javier e Pecheny, Mario, organizadores. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010, p. 251-258.

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, de 1446). Os termos das Ordenações Filipinas (1603) eram ainda mais graves, mediante a imposição de penas além do condenado e, inclusive, com a menção explícita às mulheres como possíveis agentes do “vício italiano” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1851, p. 250).

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-lhe 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”. 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”. Deste modo, ao menos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que importou revogação implícita da 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 neste 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 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 discriminação³, previsões constitucionais estaduais específicas em alguns estados da federação (Mato Grosso⁴, Sergipe⁵, Piauí⁶ e no Distrito Federal⁷).

No plano legislativo interno, há duas referências na legislação federal: a Lei nº 9.612, de 1998⁸ (que trata da proibição de discriminação por motivo de “preferências sexuais” na programação da radiodifusão comunitária) e a Lei nº 11.340, de 2006⁹ (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 sexual¹⁰. 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)¹¹, 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, a partir de meados dos anos 1990, voltadas para as políticas de seguridade social (LEIVAS, 2003, p. 111).

Um exame do conteúdo dessas iniciativas chama a atenção para duas tendências: a busca por direitos sociais como reivindicação primeira onde a diversidade sexual se apresenta e a utilização do direito de família como argumentação jurídica recorrente. Estas 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 destas 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 que reivindiquem direitos sociais como lugar onde se defendeu a 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 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

3 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>. Acesso em: 28 ago. 2013.

4 Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/TNX/storage/constituicao-de-mato-grosso.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

5 Ver http://www.al.se.gov.br/constituicao_estadual.asp. Acesso em: 28 ago. 2013.

6 Disponível em: http://www.tce.pi.gov.br/site/legislacao/doc_details/196-constituicao-do-estado-do-piaui. Acesso em: 28 ago. 2013.

7 <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=->. Acesso em: 28 ago. 2013.

8 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em: 28 ago. 2013.

9 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 ago. 2013.

10 http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/livro_legislacao_e_jurisprudencia_lgbttt.pdf. Acesso em: 28 ago. 2013.

11 Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 28 ago. 2013.

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 deste 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, estas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade e da liberdade individuais. Alimentadas da disputa política entre oligarquias e do referencial do positivismo social, as políticas públicas no Brasil caracterizaram-se pela centralidade da figura do trabalhador como cidadão tutelado, caracterizando 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 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 antidiscriminatórios 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, onde o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função do que como fim em si mesmo, não 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: são os casos, por exemplo, da legislação paulista sobre combate à discriminação por orientação sexual, Lei nº. 10.948 de 2001¹², comparado com diplomas mais universalistas, destacando-se a lei gaúcha, Lei nº 11.872 de 2002¹³.

Enquanto os primeiros referem-se a “qualquer cidadão homossexual (masculino ou feminino), bissexual ou transgênero” (conforme o art. 1º da lei mineira), o segundo,

12 São Paulo. Lei estadual n. 10.948, de 5 de novembro de 2001 [legislação na internet]. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; 2001 [acesso em 4 ago. 2008]. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>.

13 Rio Grande do Sul. Lei estadual n. 11.872, de 19 de dezembro de 2002 [legislação na internet]. Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul; 2002 [acesso em 4 ago. 2008]. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=265&hTexto=&Hid_IDNorma=265.

“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”. 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 contra-discurso conversador dos “direitos especiais” e a ressurgência de legislação medicalizadora “curativa” de homossexuais). Isto 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. Neste 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 auto-atribuídas sem torná-las fixas e 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. 1273 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, decisão conjunta¹⁴) repercute de forma muito intensa no desenrolar dos direitos sexuais no Brasil.

Esta análise 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 desta decisão? Qual a repercussão para outras áreas do direito? O STF legislou,

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 28 ago. 2013.

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 quanto à existência e às consequências destes direitos, especialmente na esfera da sexualidade, onde minorias sexuais são discriminadas, deixa claro o dever de respeito e a dignidade constitucional de que são merecedores homossexuais. Isto ainda que eventuais majorias, por sondagens de opinião ou por representantes eleitos, tentem impor seus preconceitos. Neste sentido, nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Este 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, contra a 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

Os argumentos trazidos à discussão no julgamento, ainda que unânime quanto à qualificação jurídica das uniões homossexuais como uniões estáveis, revelam múltiplas facetas, cujo conteúdo faz refletir sobre o desenvolvimento dos direitos sexuais, tanto

com relação à sua consolidação, quanto às tensões e os desafios que estes enfrentam.

Inicia-se esta análise pelas perspectivas trazidas pela argumentação contida no julgamento, tendo em vista a afirmação dos direitos sexuais entre nós. Ponto central, a merecer intenso destaque, é a relação entre os direitos fundamentais e a sexualidade. Foi assentada, de modo muito claro e direto, a pertinência da sexualidade ao âmbito dos direitos fundamentais. Este raciocínio pode ser salientado, pelo menos, por duas vias: a ênfase na relação entre o direito de liberdade e a liberdade sexual e o dever de proteção constitucional, derivado dos direitos fundamentais, à discriminação por orientação sexual.

O voto do relator é preciso e enfático na relação entre o direito geral de liberdade e o direito fundamental de liberdade sexual. Mais ainda: ele aponta como diversos desdobramentos da liberdade constitucional promovem a proteção do exercício igual deste direito por todos, sem depender de orientação sexual. Neste sentido, pode-se entender a concretização, colocada no voto do relator, da liberdade sexual em outras esferas, tais como direito à intimidade sexual e o direito à privacidade sexual.

Outro tópico notável foi a compreensão da proibição de discriminação por motivo de sexo. Conforme desenvolveu o tribunal, tal norma de direito fundamental abarca a proibição de discriminação em função da “preferência sexual” (registre-se que, noutros momentos, fez-se alusão às expressões “opção sexual” e “orientação sexual”). Foi explicitada a existência de um direito constitucional à isonomia também entre heterossexuais e homossexuais. Mesmo que a compreensão da proteção antidiscriminatória por motivo de sexo não tenha alcançado, neste julgamento, as hipóteses de identidade de gênero (transexualidade e travestilidade), não há dúvida de que o tribunal formulou, de modo claro e expresso, a abrangência do conceito constitucional de “sexo” para as hipóteses de discriminação por orientação sexual.

O julgamento também salienta o dever estatal, decorrente do conteúdo dos direitos fundamentais, de prover o exercício destes direitos com medidas de proteção. Foi mencionado que a inexistência de qualquer instituto jurídico, na hipótese, produz uma situação em que não há proteção minimamente adequada em face da discriminação. Trata-se, neste contexto, de uma verdadeira obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças e à liberdade de orientação. A ausência da proteção estatal, consubstanciada no reconhecimento jurídico familiar das uniões homossexuais, configura, portanto, violação de direito fundamental à proteção.

Outro aspecto digno de nota é a afirmação da laicidade como princípio a reger a conduta estatal diante da discriminação por orientação sexual. Ela impede que concepções morais religiosas particulares detenham o Estado em seu dever de proteção aos direitos fundamentais, como acontece no direito à liberdade de orientação sexual.

A relação com o respeito à dignidade humana também foi registrada. Com fundamento neste dispositivo constitucional, salientou-se o respeito devido aos diversos projetos de vida por parte do Estado em relação aos indivíduos, o que fica prejudicado quando se trata do não reconhecimento da forma jurídica familiar em virtude de preconceito por orientação sexual.

A invocação da categoria dos direitos de reconhecimento constitui outro aspecto de relevância no julgado. Com efeito, inscrever o respeito à autonomia individual, ao livre desenvolvimento da personalidade e à diversidade de projetos de vida como uma questão de justiça simbólica, dar concretude à ideia de dever de respeito à dignidade

humana.

Por fim, destaco a afirmação clara acerca do direito à igual proteção por parte do direito, de que são titulares os homossexuais, não podendo o Estado adotar medidas que provoquem a exclusão deste grupo. De forma explícita, o tribunal assentou a censura constitucional à discriminação contra homossexuais, incluindo, deste modo, de forma expressa, a homofobia com uma das manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas.

Ao lado destas perspectivas para o desenvolvimento dos direitos sexuais, há que se registrar também pontos de tensão para o desenvolvimento dos direitos sexuais. Sem adentrar na análise minuciosa de tais aspectos em face de vários argumentos trazidos à tona durante o julgamento, concentro-me nas consequências e riscos decorrentes da moldura jurídica em que a controvérsia foi apresentada ao tribunal, qual seja, o direito de família.

Com efeito, direitos sexuais dizem respeito à concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade, cujo âmbito não se confunde nem se limita àquele peculiar à realidade dos agrupamentos familiares. Se é verdade que alguns direitos sexuais podem fundamentar a pertinência das uniões homossexuais ao conceito jurídico familiar de união estável (como fez o STF a partir da liberdade sexual), também o é que esta relação nem sempre será adequada e corretamente compreendida quando o que está em jogo é o conteúdo jurídico do direito sexual invocado. Tome-se a liberdade sexual como demonstração emblemática desta tensão e dos riscos que ela encerra para a afirmação dos direitos sexuais. O conteúdo jurídico da liberdade sexual vai muito além da possibilidade de manter vida familiar com pessoa do mesmo sexo e receber proteção adequada, por parte do Estado, para a vivência desta espécie de relação conjugal. O direito de liberdade sexual inclui esferas da intimidade (note-se que o Ministro relator foi explícito no ponto, nele incluindo o “solitário desfrute”, ilustrado pelo onanismo), que independem da conjugalidade familiar; inclui a busca do prazer sem qualquer projeto de conjugalidade afetiva; inclui a prestação de serviços sexuais a título oneroso; inclui a prática sexual simultânea com mais de um parceiro ou parceira; inclui também práticas sexuais consideradas não-convencionais, como o sado-masiquismo, por exemplo.

Em virtude desta moldura limitadora de direito de família a partir da qual, por razões de técnica processual, se desenrolou o julgamento, corre-se o risco de, numa leitura mais apressada ou conservadora, condicionar-se a compreensão do conteúdo jurídico dos direitos sexuais à convivência familiar. O risco deste viés conservador, longe de ser mera especulação teórica, pode se cristalizar numa tendência que designo de assimilacionismo familista. Esta tendência se caracteriza pela conjugação de duas ideologias: o assimilacionismo (onde membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões oriundos de grupos dominantes, em seu próprio detrimento) e o familismo (aqui entendido como tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória).

No campo da diversidade sexual, o assimilacionismo se manifesta por meio da legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos aprovados pela heteronormatividade. Vale dizer, a homossexualidade é aceita desde que nada acrescente ou questione os padrões heterossexuais hegemôni-

cos, desde que anule qualquer pretensão de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo. Nesta dinâmica, a estes arquétipos são associados atributos positivos, cuja reprodução se espera por parte de homossexuais, condição “sine qua non” para sua aceitação.

No assimilacionismo familista, a dimensão mais palatável, e cuja adaptação mais facilmente pode ocorrer, verifica-se nas relações familiares, dada a predominância, na dogmática contemporânea do direito de família, das realidades existenciais em detrimento do formalismo nos vínculos jurídicos, diretriz antes predominante. Nesse contexto, a identificação do “afeto” como fator distintivo dos relacionamentos e identificador dos vínculos familiares, cumpre função anestésica e acomodadora da diversidade sexual às normas da heterossexualidade compulsória, na medida em que propõe a “aceitação” da homossexualidade sem qualquer questionamento mais intenso dos padrões sexuais hegemônicos. Isto porque a “afetividade” acaba funcionando como justificativa para a aceitação de dissonâncias à norma heterossexual, servindo como um mecanismo de anulação, por compensação, de práticas e preferências sexuais heterodoxas, cujo desvalor fica contrabalanceado pela “pureza dos sentimentos”. Desta forma, opera-se uma assimilação ao mesmo padrão que se buscava enfrentar, produzindo a partir daí um novo rol de exclusões.¹⁵

Neste sentido, sem deixar de reconhecer as intenções antidiscriminatórias presentes na cunhagem do termo, não é por acaso que se disseminou o uso do termo “homoafetividade”. Trata-se de expressão familista que muito dificilmente pode ser apartada de conteúdos conservadores e discriminatórios, por nutrir-se da lógica assimilacionista, sem o que a “purificação” da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória compromete-se gravemente, tudo com sérios prejuízos aos direitos sexuais e à valorização mais consistente da diversidade sexual. Registre-se, por fim, que, em sua manifestação mais direta, este discurso tangencia o conservadorismo, na medida em que a orientação sexual necessita ser “higienizada” de conteúdos negativos (promiscuidade e falta de seriedade) que, a contrariu sensu da hegemonia heterossexual, se associam à homossexualidade.

Os riscos inerentes à perspectiva fraca dos direitos sexuais têm relação direta com o contexto jurídico em que proferido o julgamento. Eles se colocam pelo modo como os operadores jurídicos, acadêmicos e a sociedade em geral receberão as conclusões do julgado, mais do que dos termos em que expressos os diversos votos, ainda que, em alguns deles, esta tensão se apresente.

A breve e recente história dos direitos sexuais no Brasil revela a recorrência ao direito de família como fundamentação para o reconhecimento de direitos de homossexuais, fenômeno que designo como “familismo jurídico”. Não é difícil perceber que, em muitos casos, o sucesso de demandas relativas 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 conjugalidades homoeróticas. Ao discutir-se sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento

¹⁵ Ver, desenvolvendo este argumento de modo mais sistemático, artigo de minha autoria, “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”, 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/>, acessado em 28 ago. 2013.

da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual. É o que sugere, por exemplo, a leitura de precedentes judiciais que deferem direitos ao argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais - postura nitidamente nutrida na lógica assimilacionista.

No assimilacionismo, o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como comportamento adequado, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis definidos de gênero. Daí, inclusive, a dificuldade de lidar com temas como prostituição, travestilidades, liberdade sexual, sadomasoquismo e pornografia.¹⁶

Como acima dito, a formulação de expressões como “homoafetividade”, revela uma tentativa de adequação à norma que pode revelar uma subordinação dos princípios de liberdade, igualdade e não discriminação, centrais para o desenvolvimento dos direitos sexuais a uma lógica assimilacionista, o que produziria um efeito contrário, revelando-se também discriminatória, pois, na prática, distingue uma condição sexual “normal”, palatável e “natural” de outra assimilável e tolerável, desde que bem comportada e “higienizada”. A sexualidade heterossexual não só é tomada como referência para nomear o indivíduo “naturalmente” detentor de direitos (o heterossexual, que nunca necessitou ser heteroafetivo para ter direitos reconhecidos), enquanto a sexualidade do homossexual é expurgada pela “afetividade”, numa espécie de efeito mata-borrão.

Nesta linha, podem ser compreendidos a tensão, do ponto de vista dos direitos sexuais, decorrente da inclusão das uniões homossexuais como novas espécies de comunidades familiares, diversas das uniões estáveis, em virtude da analogia. A analogia é uma forma de raciocínio que parte da consagração da regulação de determinadas hipóteses, consideradas como parâmetro, e da diversidade destas hipóteses com outras, excepcionais, que estão fora do âmbito da normalidade do parâmetro consagrado. Diante da lacuna, a analogia identifica, ainda que se trate de situações diversas, semelhanças relevantes, justificadoras da aplicação do mesmo tratamento normativo conferido à hipótese paradigmática para a hipótese excepcional.

A aplicação deste raciocínio, reservando às “uniões homoafetivas” uma espécie de regulação da exceção pela submissão ao paradigma heterossexual, acaba por contrariar a ideia de diversidade sexual. Com efeito, na perspectiva da diversidade sexual, que informa a ideia de direitos sexuais, as diversas manifestações sexuais são tomadas em pé de igualdade, o que não se compatibiliza com as premissas do procedimento analógico empregado.

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

¹⁶ A fim de sistematizar com uma compreensão da relação entre direito e sexualidade, numa perspectiva democrática, ver, de minha autoria, “Apuntes para un derecho democratico de la sexualidad”, In: *Derecho y política de las sexualidades - una perspectiva latino-mediterránea*, Barcelona: Huygens Editorial, 2013, p. 73-94. Disponível em: <http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/M4%20R.%20Rios%20Derechodelasexualida.pdf>. Acesso em 28 ago. 2013).

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 quão ameaçados estão os direitos até agora conquistados.

3.1 Criminalização da homofobia

A prevenção e a repressão de condutas homofóbicas caminham lado a lado do reconhecimento dos direitos fundamentais vinculados à orientação sexual e 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 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 prejudiciais por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; ao seu lado, há projetos legislativos visando acrescentar a esta 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, dentre 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 outras formas de discriminação.

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

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, onde nas últimas legislaturas há projetos objetivando anular resolução do Conselho Federal de Psicologia, que proíbem o oferecimento de tratamentos psicológicos desenvolvidos sob a premissa de que a homossexualidade seria uma doença. Sob o pretexto de garantir a liberdade de profissão e de consciência titularizadas pelos profissionais psicólogos, tais projetos esquecem que a resolução atacada dispõe, 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 para (b) crianças, adolescentes e jovens cujas famílias se deixam contaminar pelo preconceito, estando em especial posição de vulnerabilidade, inclusive no espaço familiar. 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. Nesta linha, mostra-se inadequada, portanto, qualquer perspectiva que objetive criticar a “cura gay” com argumentos buscando 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, pois ilegítimas, porque estão 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 diante 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 disputado¹⁷ (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 médico¹⁸) e conforme a argumentação invocada para sustentar o pedido (argumentos biomédicos e argumentos de liberdade, autonomia, privacidade, respeito à dignidade e igualdade).¹⁹

Articulando estes dois grupos, podem-se examinar os direitos disputados a partir da argumentação desenvolvida²⁰. Em um grupo, constatam-se demandas por retificação de nome e de sexo com a necessidade de aprovação e procedimentos médicos; no segundo grupo, estes direitos não dependem da aprovação biomédica, muito menos da submissão do indivíduo a procedimentos terapêuticos, sejam estes 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.²¹

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”). Nesta linha, ela desenvolve uma argumentação jurídica centrada no exercício do direito à saúde, entendido como acesso a uma prestação de saúde. Esta 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 assignado 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 diante das demandas de identidade de gênero, a seu turno, vislumbra a existência concreta dos indivíduos a partir de um amplo

17 Estes, 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. Ver o informativo “O STJ e as possibilidades de mudança no registro civil”, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107072, acesso em: 28 ago. 2013).

18 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 (disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204275.pdf/view, acesso em: 28 ago. 2013).

19 Ver, para um desenvolvimento mais detalhado, meu artigo “Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero - a compreensão constitucional de discriminação por motivo de sexo”. In: O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas. Edvaldo Souza Couto e Silvana Goellner, organizadores. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 85-118.

20 Nesta linha, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela inclusão, no sistema público de saúde nacional, dos procedimentos para mudança de sexo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Relator Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 14/08/2007 (disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1838268&termosPesquisados=roger|transexuais, acesso em: 28 ago. 2013).

21 Sobre o tema, noticiando o debate no direito estadunidense e fazendo a aproximação com o direito brasileiro, Sérgio Suíama, “Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros”. In: *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Rios, R. R., Golin, C. e Leivas, P. G. C., organizadores. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 166-207.

leque de possibilidades, isto é, da diversidade sexual. Deste modo, estrutura sua argumentação mediante a concretização dos direitos humanos e fundamentais de liberdade, privacidade, respeito à dignidade humana e igualdade, compreendido como proibição de discriminação por motivo de sexo e de gênero.

Por esta 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. Neste contexto, é importante registrar a existência, no parlamento federal brasileiro, de projeto de lei sobre identidade de gênero, elaborado de acordo com esta perspectiva.²²

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 a partir da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana. Não se trata de hierarquizar direitos fundamentais, privilegiando direitos de liberdade 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 esta dinâmica entre os vários direitos fundamentais. Isto porque a medicalização é a abordagem que predomina quando o assunto é transexualidade, donde a ênfase no debate sobre o direito à intervenção cirúrgica, instrumento apto a reparar o “erro da natureza”. Como acima referido, à esta 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 esta combinação é, basicamente, a atuação combinada de duas ordens de saber 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, acima referidos) 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 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.

Neste contexto, onde a autonomia e a igualdade, que são os valores básicos do constitucionalismo democrático, serão eclipsadas pelo poder alheio da medicalização e

22 Trata-se do projeto de lei n. 5002/2013 (disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>, acesso em: 28 ago. 2013).

de opiniões socialmente dominantes, só restará uma alternativa aos seres humanos: deixar-se enquadrar no processo classificatório imposto por estas forças, onde 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 segundo um processo classificatório heterônomo, onde um conjunto de características é avaliado, abrangendo fatores genético, gonadal, endócrino, genital e psíquico.

Acaso for adotada uma perspectiva que assuma acriticamente ou ingenuamente este binarismo de gênero, está-se a perpetrar uma série de restrições a diversos direitos fundamentais.

Isto 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 onde às mulheres são reservados 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, através da inclusão 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 destes desafios (criminalização da homofobia, propostas de tratamentos terapêuticos e a necessidade de uma abordagem de direitos humanos diante da identidade de gênero), há um pano de fundo no cenário brasileiro atual que perpassa todos estes debates e reivindicações. Cuida-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 expli-

cita militância política²³.

Com efeito, a relação entre o conteúdo jurídico deste 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 como princípio organizador da vida política nacional; 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 (saliento as manifestações do ministro Celso de Mello, em especial na ADPF nº 132²⁴ e na ADI nº 3510²⁵). 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 onde se insere e se organiza a fé religiosa, defendendo a liberdade religiosa de indivíduos e de grupos, assim como as instituições religiosas que se formam neste contexto. A outra direção cuida 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. Desta primeira dimensão, onde 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 sublinhada pelo Ministro Celso de Mello, nos precedentes referidos). Tanto assim que se indicam, dentre o 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 que 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

23 Ver 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.

24 Ver BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, acesso em: 28 ago. 2013.

25 Ver BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. N. 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 27.05.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>, acesso em: 28 ago. 2013.

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 discutindo 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 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, que age submetido à não confessionalidade)²⁶. Ao mesmo tempo, ela se conecta, de modo íntimo, a direitos subjetivos constitucionalmente previstos, em especial à liberdade geral, liberdade sexual e reprodutiva, à liberdade religiosa e ao direito de igualdade, este enquanto 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 contribui 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 emanção do direito fundamental de liberdade religiosa, a esta liberdade servindo e concretizando. Deste 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 este 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

26 Ver Weingartner Neto. *A liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 170.

com violações a direitos fundamentais, precisamente por não se comprometer com a laicidade que não é somente 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. Este 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 estes direitos; no segundo sentido, de modo positivo, obrigando que o Estado atue, 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 adoção de diretrizes religiosas, mas que não se omitam acaso pretensões ou iniciativas religiosas disseminem a subordinação feminina ou a homofobia.

Nesta linha, pode-se refletir, por exemplo, a partir da decisão prolatada na ADPF nº 132. A conclusão de que o Estado brasileiro se omite, de modo inconstitucional, ao não disciplinar legalmente a união estável homossexual, 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, ela se concretiza como um dever de agir para que razões religiosas não triunfem no espaço público e, deste 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 material 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 à liberdade sexual e à 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 diante das propostas legislativas que instituem respostas criminais para o enfrentamento da homofobia, articulada em especial por setores que investem na contaminação do debate público democrático mediante a invocação de razões religiosas, em nítida afronta à laicidade estatal.

Neste 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 injustiças e construir padrões mais democráticos e pluralistas no convívio social onde a diversidade e o respeito são valores básicos e necessários para todos.

Referências bibliográficas

- BOSI, Alfredo. *A Dialética da Colonização*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992.
- BRASIL. 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. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 4 ago. 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 67 de 1999. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>. Acesso em: 28 ago. 2013.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.002 de 2013. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 28 ago. 2013.
- BRASIL. Lei n.º 9.612, de 19 de fevereiro de 1998 que institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. Brasília: 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em: 28 ago. 2013.
- BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8 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. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 ago. 2013.
- BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Cezário, Joelma; Kotlisnki, Kelly; Navarro, Melissa, organizadoras. Brasília: 2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. N. 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 27.05.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05.05.2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Relator Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 14.08.2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os homossexuais diante da Justiça: relato de uma Ação Civil Pública. In: A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas: jurisprudência comentada. Golin, Célio; Pocahy, Fernando; Rios, Roger Raupp (ogs). Porto Alegre: Sulina, 2003.

MATO GROSSO (Estado). *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Cuiabá, 2011. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/TNX/storage/constituicao-de-mato-grosso.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

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.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Lei n.º 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*. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/>. Acesso em: 4 ago. 2008.

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

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

RIOS, Roger Raupp. União homossexual: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: Uziel AP, Grossi M, Mello L, organizadores. *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond; 2004. p. 109-30.

RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Rios, R. R., Golin, C. e Leivas, P. G. C., organizadores. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 69-114.

RIOS, Roger Raupp. *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*. Disponível em <http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva-o-direito-de-familia-como-instrumento-de-adaptacao-e-conservadorismo-ou-a-possibilidade-de-sua-transformacao-e-inovacao/>. Acesso em 28 ago. 2013.

RIOS, Roger Raupp. Apuntes para un derecho democratico de la sexualidad. In: *Derecho y política de las sexualidades - una perspectiva latino-mediterránea*, Barcelona: Huygens Editorial, 2013, p.73-94. Disponível em: <http://www.ciudadaniasesexual.org/publicaciones/M4%20R.%20Rios%20Derechodelasexualida.pdf>.

RIOS. Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero - a com-

preensão constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas. Edvaldo Souza Couto e Silvana Goellner, organizadores. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 85-118.

RIOS, Roger Raupp; SHAFER, Gilberto; BORBA, Felipe. Direito da Antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. In: Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano 26, n. 127, Porto Alegre: AJURIS, 2012, p. 311-330.

SÃO PAULO (Estado). Lei estadual n.º 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: 4 ago. 2008.

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

SUIAMA, Sérgio. “Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros”. In: *Homossexualidade e direitos sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Rios, R. R., Golin, C. e Leivas, P. G. C., organizadores. 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, p. 67.

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.