

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/06/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33603-homofobia-no-brasil-resolu-es-internacionais-e-a-constitui-o-de-88>

Autore: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Homofobia no brasil, resoluções internacionais e a constituição de 88

HOMOFOBIA NO BRASIL, RESOLUÇÕES INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 88¹

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

INTRODUÇÃO

A Homofobia é um tema que está além de pertencer apenas a um debate paroquial de militantes LGBT². O tema ganhou as ruas, a “arena pública”, com manifestações de variados setores (artístico, político, religioso etc.).

Primeiramente, esclareça-se que o termo “homofobia” não pode ser limitado a uma visão reducionista: “homossexualidade + fobia” (isto é, como aversão a homossexuais). Homofobia se marca pela rejeição ou negação – em múltiplas esferas, materiais e simbólicas – da coexistência, **como iguais**, com seres afetivo-sexuais que diferem do modelo sexual dominante. **Violência** não se dá apenas de forma física, mas igualmente em discursos que não reconheçam uma minoria como tal.

Desde 2006 no Brasil o Congresso Nacional se vê às voltas com o “problema” de ter de tomar posição quanto ao PLC 122, que prevê a criminalização da homofobia por sua colocação entre aqueles critérios que estabelecem quem pode ser vítima de “racismo”, a saber, “cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 1º da lei 7716/89). O que o PL122 faz nada mais é do **que incluir, na já vigente lei do racismo, a mesma proteção que já possuem** negros, judeus, mulheres e, inclusive, religiosos: o direito de ser, de existir e de poder buscar sua felicidade de forma digna. Por que é que ninguém propõe retirar da lei do racismo a proteção aos negros? Será que, quando a lei fala em proteção contra

¹ Esse artigo é a versão completa da palestra dada no Seminário “Diferentes Mas Iguais” promovido pela Senadora Marta Suplicy ocorrido no dia 15 de maio de 2012 no Auditório Petrônio Portela – Senado Federal.

² LGBT: lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (travestis e transexuais). Aqui não é considerada a diferença que é feita por alguns entre “minorias” e “grupos vulneráveis” (isto é, grupos que podem até ser compostos por número grande de pessoas, mas que sofrem discriminação, como mulheres, idosos e crianças), haja vista que, como mostra Élica Séguin, não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “[n]a prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou (...) a não nos atermos a diferença existente” (SÉGUIN, Élica. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13).

discriminação por cor, não está dando “superdireitos” aos negros? Ou aos religiosos? Pois é este um dos argumentos contra o PLC 122. Entretanto, basta uma leitura rápida do mesmo para se ver que ele não coloca nenhuma minoria com mais direitos que outra, ao contrário, diz expressamente que deve ser dada aos homossexuais **a mesma** liberdade que aos heterossexuais.

O Projeto já foi aprovado na Câmara e agora tenta ser aprovado no Senado, aonde vem encontrando muita resistência por parte da *bancada religiosa* que enxerga ali uma violação à sua “liberdade religiosa”.

Entendemos que o PLC122/06 não viola, quer a liberdade de expressão, quer a liberdade religiosa, uma vez que o exercício destas é e continuará sendo legítimo, desde que não configure abuso (o que independe da aprovação do referido projeto). É dizer, denominações religiosas que (ainda) pregam que a homossexualidade seja um “pecado”/“abominação”, poderão continuar fazendo-o, o que elas não podem fazer é atribuir à homossexualidade características que nada têm a ver com questões religiosas, como dizer que homossexuais são promíscuos, pedófilos etc³. É preciso situarmos o que é (e quais os limites) da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. Por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 13 trata da “liberdade de pensamento e de expressão”, estabelecendo:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. (...)
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A Constituição de 1988, por sua vez, dispõe em seu art. 5º:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

³ Podemos citar, *e.g.*, textos disponíveis em *sites* “religiosos” nos quais, para além de questões “teológicas” propriamente ditas, onde são citados textos bíblicos e doutrinários, pode-se apreender outra ordem de “argumentos pseudocientíficos”, como se pode ver em: “(...) o famigerado projeto de lei 122/2006, que cria o crime de delito de opinião no país - uma espécie de ditadura gay no Brasil, pois tal comportamento se tornará incriticável, algo só visto em ditaduras totalitárias” (*In*: <www.conscienciacrsta.org.br>, “Nota da Vinacc em resposta à ABGLT”); “O Brasil não é o Irã: o projeto anti-homofobia”, *In*: <www.conscienciacrsta.org.br>; e “O 'discreto' apoio da Rede Globo aos projetos anti-homofobia”, *In*: <www.conscienciacrsta.org.br>. Ver também “explicações” comportamentais dos pais determinando a orientação sexual dos filhos em: “Homossexualismo e homossexualidade”, *In*: <<http://www.ultimato.com.br>> ou ainda um outro texto de religiosos mostrando com orgulho serem “homofóbicos”, uma vez que a culpa pela epidemia do vírus HIV seria dos homossexuais: “Em Defesa da Homofobia”, *In*: <www.juliosevero.com.br>.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Percebe-se que, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade religiosa são direitos fundamentais, mas, como tal, não são absolutas – afinal, nenhum direito fundamental é absoluto, nem o direito à vida⁴. Estas liberdades estão no mesmo nível que a vedação à discriminação (art. 3º, IV) e também do direito de igualdade⁵ e das demais liberdades civis.

Dessa forma, não há conflito real entre estes direitos – ainda que se possa falar em conflito aparente (*prima facie*)⁶. No caso concreto tal possível conflito desaparece quando se percebe que uma das pretensões se mostra abusiva – quando a realização de um “direito” significa a negação de outro.

É dizer, quanto à “**liberdade de expressão religiosa**”, **quando o portador desta pretensão não considera o outro como igual portador dos mesmos direitos, não há liberdade**, não há uso legítimo de um direito mas um abuso do mesmo, conhecido como *hate speech*⁷. No caso da **homossexualidade**, há “hate speech” ao não se reconhecer o direito do outro como igual, **naquilo que o outro se reconhece como indivíduo**.

⁴ É pacífico no STF o entendimento de que não existem direitos absolutos (só para citar um caso, veja-se decisão dada na Cautelar no Mandado de Segurança n. 25.617, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 03/11/2005).

⁵ Direito de igualdade que não se limita a tratamento isonômico em todos os casos, mas implica também tratamento diferenciado. Ou como diz Boaventura de Sousa Santos: “Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458).

⁶ Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de J. Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

⁷ Aliás, o debate no STF por ocasião do HC. 82424 foi justamente sobre o “conflito” entre “liberdade de expressão” e “racismo”: um livro que prega que os judeus querem “dominar o mundo” (qq. semelhança...) – que se consideram superiores, que atuam no oculto para obter ganhos e que, pois, devemos “tomar cuidado com eles” – um livro assim não é exercício regular da “liberdade de expressão” e sim racismo. Cf. BAHIA, Alexandre. Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006.

Há um caso recente sobre isso no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Em **fevereiro/2012** o TEDH confirmou decisão do Judiciário sueco que condenou 4 cidadãos a pagar multa por **manifestações homofóbicas**: panfletos que alegavam que a homossexualidade era um desvio sexual, que teria um efeito moralmente destrutivo nas bases da sociedade e que era responsável pela expansão do HIV. A defesa deles era que eles não queriam “desprezar os homossexuais”, mas promover um debate sobre a educação sueca. O Judiciário sueco os condenara entendendo que havia no discurso deles “desprezo” e os condenou por agitação contra um grupo por motivo de sua nacionalidade ou etnia. O **TEDH deixou claro que a liberdade de expressão tem limites e um deles é a reputação e o direito dos outros**⁸.

De toda sorte, em razão das críticas ao Projeto original a Senadora Fátima Cleide, então Relatora, ofereceu um Substitutivo aprovado em 2009 pela Comissão responsável no Senado. Nesse Substitutivo questões “polêmicas” foram retiradas, restando, basicamente, a questão da equiparação da homofobia ao racismo.

Nosso objetivo aqui está direcionado a **mostrar que outros países, bem como Organismos Internacionais já têm se atentado para a necessidade de proteção da minoria LGBT contra crimes praticados em razão de orientação sexual ou identidade de gênero**⁹. Tais resoluções internacionais – que, aliás, têm no Brasil ou o Estado proponente ou, ao menos, subscritor de sua

⁸ Conforme noticiado pelo jornal *El País*, em 21/02/12: “La homofobia no está protegida por la libertad de expresión”. Disponível em: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/09/actualidad/1328801278_987970.html>.

⁹ As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual e bissexual. Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (BORTOLINI, Alexandre. (coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008, p. 8-9). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais).

apresentação – **importam consequências diretas para nosso País**, em razão do que estabelece a Constituição da República de 1988 a respeito da vinculação do Brasil com a promoção dos Direitos Humanos – inclusive se submetendo a Cortes Internacionais e outros organismos similares (art. 4º, II e art. 5º, §4º), com a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com a vedação da discriminação (art. 3º, IV) e com a cláusula geral de abertura do nosso Sistema de Direitos Fundamentais contida no §2º do art. 5º.

DIREITO COMPARADO

Diante de uma série de manifestações que temos visto sobre a “exoticidade” da proposta contida no PLC 122/06, entendemos que, mais do que nunca, é necessário mostrar como outros países vêm aprovando leis com conteúdos muito similares. O objetivo não é trazer um quadro exaustivo, mas apenas mostrar alguns exemplos.

Nos EUA foi aprovada em 2009 uma alteração no U.S.Code, Seção 16, Título 18, §249 – conhecido como “Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act”. Em seu preâmbulo se lê:

- (1) The incidence of violence motivated by the actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity, or disability of the victim poses a serious national problem. (...)
- (3) State and local authorities are now and will continue to be responsible for prosecuting the overwhelming majority of violent crimes in the United States, including violent crimes motivated by bias. These authorities can carry out their responsibilities more effectively with greater Federal assistance.

A partir disso, a lei prescreve:

- § 249. Hate crime acts
- (...) (2) OFFENSES INVOLVING ACTUAL OR PERCEIVED RELIGION, NATIONAL ORIGIN, GENDER, SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY, OR DISABILITY.—
- (A) IN GENERAL — Whoever, whether or not acting under color of law, in any circumstance described in subparagraph (B) or paragraph (3), willfully causes bodily injury to any person or, through the use of fire, a firearm, a dangerous weapon, or an explosive or incendiary device, attempts to cause bodily injury to any person, because of the actual or perceived religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity or disability of any person —
- (i) shall be imprisoned not more than 10 years, fined in accordance with this title, or both; and
- (ii) shall be imprisoned for any term of years or for life, fined in accordance with this title, or both, if —
- (I) death results from the offense; or

- (II) the offense includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill.
- (B) CIRCUMSTANCES DESCRIBED — For purposes of subparagraph (A), the circumstances described in this subparagraph are that—
 - (i) the conduct described in subparagraph (A) occurs during the course of, or as the result of, the travel of the defendant or the victim—
 - (I) across a State line or national border; or
 - (II) using a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce;
 - (ii) the defendant uses a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce in connection with the conduct described in subparagraph (A);
 - (iii) in connection with the conduct described in subparagraph (A), the defendant employs a firearm, dangerous weapon, explosive or incendiary device, or other weapon that has traveled in interstate or foreign commerce; or
 - (iv) the conduct described in subparagraph (A) —
 - (I) interferes with commercial or other economic activity in which the victim is engaged at the time of the conduct; or
 - (II) otherwise affects interstate or foreign commerce.

A menção à lei americana é particularmente importante uma vez que se trata de uma lei federal, num sistema onde a legislação é altamente descentralizada nos Estados. Ademais, trata-se de um país “liberal”, onde ainda é forte a ideia do mínimo de interferência do Estado na autonomia privada, particularmente na “liberdade de expressão”. Há grandes semelhanças entre esta lei e nossa lei de racismo, principalmente com a alteração proposta pelo PLC 122/06¹⁰.

Na Noruega o “Anti-Discrimination Act”, de 2006 estabelece como seu objetivo “to promote equality, ensure equal opportunities and rights and prevent discrimination based on ethnicity, national origin, descent, skin color, language, religion or belief”. De forma que esta lei, entre outras disposições, altera o Código Penal norueguês, cuja seção 135 passou a ter a seguinte redação:

Any person who willfully or through gross negligence publicly makes a discriminatory or hateful statement shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding three years. If a statement has been made in such a way as to make it suitable to reach a large number of people, it shall be considered equivalent to a statement that has been made publicly, cf. section 7, no. 2. The use of symbols is also considered to be a statement. An accessory to the act shall be liable to the same penalty.

¹⁰ Vale a pena observar ainda que é previsto que o Governo dos EUA destinará US\$ 5 milhões por ano em financiamento para os anos fiscais de 2010 até 2012 para ajudar as agências estaduais e locais pagam para investigar e julgar os crimes de ódio; e também que se exige que o FBI acompanhe as estatísticas sobre crimes de ódio com base no sexo e identidade de gênero (as estatísticas dos outros grupos já foram rastreados).

A “discriminatory or hateful statement” means the act of threatening or insulting a person, or promoting hatred or persecution of or contempt for a person because of his or her

- a) skin color or national or ethnic origin
- b) religion or belief, or
- c) homosexual preference, lifestyle or orientation.

No Reino Unido, o *Equality Act* de 2010 é uma lei de proteção ampla contra discriminações por idade, deficiência, gênero, casamento (ou uniões civis), raça, religião ou crença, sexo e orientação sexual. O art. 13 trata da discriminação direta: “(1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favorably than A treats or would treat others” e o art. 19 da discriminação indireta: “(1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B’s”.

Em 2007 Portugal alterou seu Código Penal para colocar, entre as circunstâncias que agravam o crime de homicídio (previsto no art. 131): “Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima” (art. 132, “f”). Ainda, previu no art. 240 o crime de “Discriminação racial, religiosa ou sexual”, prevendo:

1 — Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, ou que a encorajem; ou

b) Participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento;

é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 — Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação:

a) Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; ou

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual;

com a intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

Na França, o “Code du Travail” prevê, em seu artigo L122-45 a vedação contra discriminação por vários fatores, inclusive “orientação sexual”:

Article L122-45. Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.

Aqui na América do Sul, destaque para a recente alteração do Código Penal da **Colômbia** pela Lei n. 1482, de 2011, que acrescentou o Cap. IX ao Título I do CP:

Artículo 134 A. *Actos de Racismo o Discriminación.* El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. *Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural* El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 134 C. *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de, una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.
3. La conducta se realice por servidor público.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de prestación de un servicio público.
5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor;
6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

As semelhanças entre as leis citadas e o PLC 122/06 é um dado que, mais do que nunca, mostra que o projeto nada mais faz do que se colocar a par do que **já existe** em vários países do mundo.

SISTEMAS INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

Em um sistema constitucional que se apresenta como constante aprendizado, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto¹¹ **a constantes novas inclusões**. Isso possibilita que **novos direitos possam ser incorporados**, como, aliás, consta expressamente do parágrafo 2º de seu artigo 5º.

No que tange a **Tratados Internacionais** (e similares) sobre Direitos Humanos de que o Brasil é signatário e que, de alguma forma, tratam da igualdade (bem como da proibição de discriminação), podemos citar:

1. a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 1948, especialmente o Art. 2º, 1. “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie**, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, **ou de outra natureza**, origem nacional ou social, riqueza, nascimento **ou qualquer outra condição**”;

2. o **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, de 1966: art. 2º, 1: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeito a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição”. Em consequência desta Convenção, lembra RIOS, “o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais

¹¹ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 282.

homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*¹². Aliás, a partir desse caso se seguiram outros.

Lembrando que o Brasil ratificou em 2007 **Protocolo Facultativo** a este Pacto que permite que **qualquer cidadão denuncie violações aos direitos civis e políticos diretamente ao Conselho de Direitos Humanos da ONU**.

3. a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial** (1965): “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e seu Art. 1º. “(...) a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo pleno (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida”.

A responsabilidade por monitorar o cumprimento dessa Convenção é do Comitê de Eliminação de Discriminação – CERD (art. 14 da Convenção). No Brasil, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) acompanha, desde 2001, os casos que tramitam perante aquele Comitê.

4. a **Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero**, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”:

REITERANDO: Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,

¹² RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 287. Segundo Relatório da ILGA, nessa decisão os membros do Comitê confirmaram que “as legislações que criminalizam relações sexuais consensuais do mesmo sexo estão violando não apenas o direito à privacidade mas também o direito à igualdade face à lei sem qualquer discriminação, contrária aos artigos 17(1) e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”.

idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; (...)

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;

REAFIRMANDO los principios de *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos;

A partir disso, declarou:

RESOLVE:

1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (...) de incluir em sua agenda (...) o tema 'Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero'.

Desde 2008 a OEA vem reafirmando essa preocupação, aprovando a cada ano uma nova Resolução com aquele mesmo título, mas com conteúdo cada vez mais enfático quanto à erradicação de violência homofóbica no continente.

Na reunião de 2009, a Assembleia Geral aprovou a **Res. 2504** pela qual:

RESUELVE:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.
2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.
3. Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. (...).

Na reunião de 2010, a Assembleia Geral aprovou a **Res. 2600**:

TOMANDO NOTA CON PREOCUPACIÓN de los actos de violencia y otras violaciones de derechos humanos, así como de la discriminación, practicados contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género,

RESUELVE:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.
2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad.
3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

4. Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

O mesmo se repete na **Res. 2653** da Assembleia Geral da OEA de 2011. A partir disso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos criou uma ***Unidad para los derechos de las personas LGBTI***. No 2º Informe sobre a Situação dos Defensores de Dir. Humanos na América (31/12/2011), a Comissão Interamericana dedica um Capítulo somente ao problema dos defensores dos direitos LGBT (§§ 325 e ss.):

325. Las defensoras y defensores de las organizaciones que promueven y defienden los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo (LGTBI) desempeñan un rol fundamental en la región, tanto en el control social del cumplimiento de las obligaciones estatales correlativas a los derechos a la vida privada, igualdad y no discriminación como, en general, en el proceso de construcción social de una agenda global de derechos humanos que involucre el respeto y la garantía de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo.

326. De conformidad con la *Declaración sobre Defensores* de Naciones Unidas toda persona tiene derecho a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a “desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación”. La CIDH destaca que en virtud de la protección y desarrollo que ameritan tanto el principio de igualdad como el derecho a la vida privada, las actividades de defensa y promoción del ejercicio libre de una orientación sexual y de la identidad de género pertenecen al orden de defensa y promoción de los derechos humanos.

327. Al respecto, la CIDH reitera que la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de todo individuo y, por lo tanto, existe un derecho a que esté libre de interferencias arbitrarias y abusivas por parte del poder público.

Asimismo, en virtud del principio de igualdad y de no discriminación toda persona tiene derecho a que el Estado respete y garantice el ejercicio libre y pleno de los derechos, sin discriminación de ninguna índole y toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es “sospechosa”, en el sentido de que se presume incompatible con el principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, ante una diferencia de trato de esta naturaleza en el goce de los derechos y libertades fundamentales, el Estado se encuentra en obligación de probar que la diferencia supera el examen o *test* estricto, es decir, ser objetiva y razonable, lo que incluye perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcional.

328. En su informe de 2006, (...) la CIDH ha visto con preocupación un incremento de las agresiones, hostigamientos, amenazas, y campañas de desprestigio, tanto de actores estatales como no estatales en contra de defensores y defensoras de los derechos de las personas LGBTI. La anterior preocupación ha sido compartida por otros sistemas de protección a los derechos humanos. (...)

335. (...) La CIDH ha recibido información sobre grupos opositores o pertenecientes a las iglesias que promueven constantemente campañas de desprestigio contra organizaciones defensoras de las personas LGTBI, lo cual acentúa un clima de hostilidad y rechazo a sus actividades, y repercute seriamente en la posibilidad de reunirse para defender y promover sus

derechos, así como a participar en la formulación de políticas públicas, o bien, obtener financiamiento para el desarrollo de sus actividades. (...)

337. Otro obstáculo frecuente para la debida investigación y sanción de los responsables de crímenes cometidos en contra de personas LGTBI que atraviesan la región es que la mayoría de los crímenes cometidos contra los miembros de estas comunidades suelen identificarse con crímenes pasionales sin que se abran líneas de investigación especializadas que permitan con claridad identificar si el delito fue cometido en el marco del mencionado supuesto o bien, en razón de la orientación o preferencia sexual de las víctimas. La Comisión valora la iniciativa de algunos Estados de la región de crear unidades especializadas en el análisis e investigación de los delitos cometidos por y en contra de miembros de las personas LGTBI.

Não nos esqueçamos que o Brasil se submete à competência da **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Corte esta que já condenou o Chile por discriminação por orientação sexual – Sentença de 24/02/2012, Caso *Atala Riffo e Filhas vs. Chile*¹³.

5. Em 2008 foi aprovada por 66 países (incluindo o Brasil) uma **Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero** (A/63/635, de 22/12/08). Nessa Declaração os países signatários *reafirmaram* a vigência do:

princípio da não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero (...)

[e se mostraram] profundamente preocupados com as violações de direitos humanos e liberdades fundamentais baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero.

(...) Estamos (...) alarmados pela violência, perseguição, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito que se dirigem contra pessoas de todos os países do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e porque estas práticas solapam a integridade e dignidade daqueles submetidos a tais abusos.

Sendo assim, os Declarantes *condenaram*

as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar, em particular o uso da pena de morte sobre esta base, as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, a prática da tortura e outros tratos ou penas cruéis, inumanos ou degradantes, a detenção provisória ou detenção arbitrárias e a recusa de direitos econômicos, sociais e culturais incluindo o direito a saúde. (...)

E ainda:

Fazemos um chamado a todos os países e mecanismos internacionais relevantes de direitos humanos que se comprometam com a promoção e proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero. (...).

¹³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em 24/04/2012.

Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as *legislativas* ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção. (...)

Urgimos os Estados a assegurar que se investiguem as violações de direitos humanos baseados na orientação sexual ou na identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça.

(...) Urgimos os países a assegurar uma proteção adequada aos defensores de direitos humanos, e a eliminar os obstáculos que lhes impedem levar adiante seu trabalho em temas de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero.

6. Também no âmbito da **ONU**, a Assembleia Geral aprovou, em 17 de novembro de 2011, o “Informe Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos”. Entre os temas do Informe esteve o Documento: **“Leis e Práticas Discriminatórias e Atos de Violência Cometidos contra Pessoas por sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero”** – um documento extenso que não apenas traz dados, mas também mostra que os organismos da ONU e suas normas estão voltadas ao fim da homofobia:

La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos se rige por los principios de universalidad y no discriminación consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica.

El Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva.

A respeito da violência homofóbica e transfóbica: “En todas las regiones se han registrado episodios de violencia homofóbica y transfóbica. Esa violencia puede ser física (a saber, asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales) o psicológica (a saber, amenazas, coacciones y privaciones arbitrarias de la libertad)”. A violência contra LGBT pode ser especialmente implacável em comparação com outros delitos motivados por preconceitos. Segundo a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa, os incidentes homofóbicos se caracterizam por um alto grau de crueldade e brutalidade (ex. “violações corretivas”, mutilações, etc.).

CONCLUSÃO: CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO FRENTE OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

Todos esses vários Documentos Internacionais citados mostram que a aprovação do PLC122/06 nada mais é do que resultado do Brasil estar inserido nos sistemas internacional e interamericano de direitos humanos, de forma que a mora em sua aprovação coloca o País em uma situação de para-legalidade (em razão do que dispõem o inciso II do art. 4º e o §2º do art. 5º da Constituição) Aliás, qualquer cidadão poderia, atualmente, denunciar o Brasil junto ao Conselho de direitos Humanos da ONU ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo fato de não possuímos mecanismos que garantam a integridade física e moral dos LGBT, bem como punam de forma eficaz aqueles que atentam contra aqueles, o que contraria os incisos I e IV do art. 3º (CR/88).

Atentemos para isso. A Constituição de 1988 é o principal marco para a defesa dos direitos da minoria LGBT no Brasil – inclusive porque a maior parte daqueles Documentos Internacionais citados foram propostos pelo Brasil ou ratificados apenas durante o atual regime.

O §2º do art. 5º da Constituição mostra que o (extenso) elenco de direitos fundamentais previsto não é taxativo, podendo (devendo) o regime ser ampliado pela incorporação de novos decorrentes do sistema ou de compromissos internacionais de que o Brasil seja parte; ao se somar a isso o que dispõe o art. 3º da Constituição, isto é, se o Brasil adota como objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e, principalmente, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV)¹⁴, aqueles documentos internacionais **já estão vinculando** as ações dos Poderes no país – ou, se não estão, sujeitam o Brasil à possibilidade de sofrer sanções internacionais.

¹⁴ E nem se venha falar que “orientação sexual” e “identidade de gênero” não estão expressamente previstas, uma vez que, como já mostramos noutra lugar (BAHIA, Alexandre. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, p. 89-106, abr./jun. 2010), eles podem ser ou incluídos na expressão “sexo” lá constante ou no genérico “e outras formas de discriminação” – meio, aliás, usado pela ONU e OEA para incluir os LGBT nas minorias protegidas pelos respectivos sistemas como mostramos acima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAHIA, Alexandre. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de J. Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- BAHIA, Alexandre. Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006.
- BAHIA, Alexandre. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, p. 89-106, abr./jun. 2010.
- BORTOLINI, Alexandre. (coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 281-289.
- RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149, p. 279-295, jan./mar. 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SÉGUIN, Élide. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.