

LGBTQI+fobia: um estudo sobre a elaboração de normas antidiscriminatórias como forma de ação afirmativa no Brasil

Luiz Fernando de Oliveira

Universidade Católica de Brasília, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0003-4275-1817>

luizfernandokerix@hotmail.com

Israel de Jesus Azevedo

Universidade Católica de Brasília, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-0894-1740>

israeldej.azevedo@hotmail.com

Introdução

A necessidade de proteção e restituição, de forma eficaz, de direitos omitidos a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, *queer*, *intersex* e outras pessoas ligadas a esse movimento social, por meio de normas e de ações afirmativas, deve ser analisada, pois a população LGBTQI+ é uma das minorias que mais sofrem preconceito e discriminação. Ressalta-se que orientação sexual e identidade de gênero são assuntos de suma relevância atualmente, tendo em vista a ascensão dos casos de LGBTQI+fobia, o boicote de empresas que tratam

sobre a temática, bem como a amplificação de discursos de ódio na política.

Embora existam iniciativas antidiscriminatórias sobre a temática, a comunidade LGBTQI+ tem direitos básicos inobservados social e institucionalmente, razão que levanta o questionamento sobre como são tratadas as pautas LGBTQI+ pelo Estado, tanto no Poder Legislativo, quando no Executivo e no Judiciário.

Portanto, objetiva-se analisar o modo pelo qual o poder público vem tratando os assuntos de orientação sexual e identidade de gênero, com a finalidade de reconhecer a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Para isto, pretende-se compreender a necessidade de garantir o resguardo e a restauração de direitos ao LGBTQI+, delinear semelhanças entre movimentos que buscam garantias emancipatórias, bem como observar a atuação dos três Poderes sobre os direitos sexuais.

Discorrerá o texto, na primeira seção, sobre o emprego da Teoria Tridimensional do Direito para averiguar a viabilidade de regulação contra a LGBTQI+fobia. Posteriormente, na segunda seção, estabelecer-se-ão aspectos semelhantes entre as discriminações de raça, gênero e orientação sexual e, na terceira seção, por fim, examinará como o Estado procura tutelar os direitos de pessoas LGBTQI+, eficazmente, seja por iniciativas legislativas, ações afirmativas ou pela jurisdição.

Considerar-se-ão os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero previstos nos Princípios de Yogyakarta (2007), em que se compreende orientação sexual a capacidade de cada pessoa ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos; enquanto que identidade de gênero é a experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, não necessariamente correspondente ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo, inclusive

por vestimenta, modo de falar e maneirismos.

A pesquisa foi realizada por meio de levantamento bibliográfico, por consultas a artigos e legislações, utilizando o método do procedimento socioanalítico e da abordagem dedutiva. Salienta-se a importância do saber, não apenas para a aquisição de conhecimento, mas também para permitir o extravio do modo de ver e refletir, diferentemente da tradicional compreensão do tema. Almeja-se, por conseguinte, uma percepção crítica sobre identidade de gênero e orientação sexual, e assim, refletir sobre possíveis caminhos para se garantir princípios constitucionais e direitos humanos às pessoas LGBTQI+.

A tutela dos direitos LGBTQI+: necessidade e significados pelo viés do tridimensionalismo jurídico

A orientação sexual e a identidade de gênero são fenômenos que carregam no meio social uma alta carga valorativa, a ponto de desenvolverem no meio jurídico um conjunto de normas que tratam do tema. De acordo com o pensamento tridimensional do direito de Miguel Reale (2000), o fato, o valor e a norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou ainda pelo jurista como tal. O valor é o desenvolvimento histórico de ligação entre os outros aspectos jurídicos, porque é dele que, em colisão com o fato, resulta a criação da norma, como resposta aos limites circunstanciais de lugar e tempo. Sobre esse aspecto, ressalta o jusfilósofo que:

Essa compreensão da problemática jurídica pressupõe a consideração do valor como objeto autônomo, irreduzível aos objetos ideais, cujo prisma é dado pela categoria do ser. Sendo os valores fundan-

tes do dever ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história, entendida como “experiência espiritual”, na qual são discerníveis certas “invariantes axiológicas”, expressões de um valor-fonte (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (historicismo axiológico). (REALE, 2000, p. 63)

O direito, pois, deve ser entendido como realidade social, encontrando na conduta humana a sua fonte constitutiva, sem deixar de observar que a experiência jurídica não é apenas um fenômeno comportamental, senão também axiológico. Não obstante, o direito “não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimento e estimativas” (REALE, 2000, p. 123) e, portanto, não é uma estrutura estática, o que demonstra a importância de uma experiência dialetizante do elemento fático-axiológico-normativo.

Na análise destes aspectos dialéticos, a visão integral do direito capta como característica a historicidade, como consequência de o homem transcender seu valor e atualizar-se como pessoa e experiências. Para confirmar este entendimento, Reale afirma que:

Se o valor da pessoa humana condiciona a experiência estimativa do homem, o que quer dizer a sua história, é claro que é nos ciclos culturais que se desenvolvem os esforços de realização do humano, de maneira que em torno do fulcro central vão-se ordenando constelações axiológicas distintas, múltiplas expressões do Espírito no processo de seu desvelar-se. (*Ibidem*, 2000, p. 141)

Pierre Bourdieu (2012) entende que apreender o que é instituído, bem como quais são as representações disto, é saber que se trata de uma resultante, de um dado momento, de determinada luta para existir (ou inexistir), percebendo as estruturas objetivas, ou seja, o *opus operatum* (produto) e a relação com elas, com o intuito de modificá-las,

explicar a realidade e compreender as possibilidades que ela oferece às diferentes pretensões subjetivistas, isto é, o *modus operandi* (processo).

Destarte, salienta-se a relevância de analisar a necessidade de integridade legislativa, para a observância dos direitos sobre orientação sexual e identidade de gênero, por meio da Teoria Tridimensional do Direito, haja vista a transcendentalidade dos fatos, valores e normas, tendo como pressuposto que, compreendendo os institutos e as estruturas simbólicas, é possível modificar a realidade, uma vez que a “dominação à qual é preciso escapar para a objectivar só se exerce porque é ignorada como tal” e que a ideologia, pois, “não aparece e não se assume como tal, e é deste desconhecimento que lhe vem a sua eficácia simbólica” (BOURDIEU, 2012, p. 48).

Na visão sociológica deste estudo, é de suma importância destacar que, quando o assunto é discriminação entre o grupo LGBTQI+, nota-se a conquista de direitos essenciais, como o da união estável, do casamento, da adoção de crianças e da estabilidade junto ao parceiro no âmbito de benefícios previdenciários. Todavia a sociedade continua reprimendo, menosprezando e negando a estes grupos outros direitos fundamentais à dignidade social (MISKOLCI, 2009; ROCHA, S., 2015). A população LGBTQI+ continua morrendo tão somente por pertencer a determinado grupo ainda marginalizado.

O Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual. Mesmo que não haja tipo penal específico, a homossexualidade é especialmente considerada de modo pejorativo (PIOVESAN; RIOS, 2003; RIOS, 2001). De acordo com o *Relatório de Violências Homofóbicas do Governo Federal* (BRASIL, 2016), em 2013 foram registradas cinco denúncias de violências por dia contra pessoas LGBTQI+, o que representa 166%

a mais em relação à 2012. Não obstante, o *Grupo Gay da Bahia* – organização não-governamental que apresenta estatísticas sobre as temáticas de orientação sexual e identidade de gênero – elaborou relatórios revelando que em 2015 foram registradas uma morte a cada 27 horas e, desde o início de 2017, foram registradas uma morte a cada 22 horas (GRUPO GAY DA BAHIA, [2015]; [2016]).

Cabe destacar o alerta da *Organização das Nações Unidas* ao noticiar que a expectativa de vida de uma mulher trans, na América Latina, não ultrapassa os 35 anos (ONU, 2017). Ressalta-se que estas estatísticas são realizadas tendo por base as notícias de jornais e revistas eletrônicas, bem como em *blogs*, televisão e rádio, sendo inexorável afirmar que as violências que ocorrem de fato são maiores, já que nem sempre são denunciadas ou informadas (RUFINO, 2014). Isto demonstra que a luta em oposição à LGBTQI+fobia é contra a violência vivida cotidianamente por esses segmentos da população, demonstrando a necessidade de uma ação contundente do Poder Público, visando a coibir a violência física, psicológica e as expressões de preconceito e discriminação.

“A sexualidade”, afirma Richard Miskolci (2009, p. 153), “tornou-se objeto de sexólogos, psiquiatras, psicanalistas, educadores, de forma a ser descrita e, ao mesmo tempo, regulada, saneada, normalizada por meio da delimitação de suas formas em aceitáveis e perversas”. Ao encontro deste entendimento, Michel Foucault percebe a superprodução de saber teórico sobre a sexualidade, assumindo rapidamente uma forma científica, tentando criar uma ciência sexual (*scientia sexualis*) sobre a sexualidade das pessoas, objetivando saber a verdade do sexo. Ele ainda demonstra que há, nas sociedades ocidentais, procedimentos e técnicas para vigiar e controlar os atos e comportamentos dos indivíduos (FOUCAULT, 2011; 2012). O filó-

sofo traz um importante questionamento:

[...] como, por que e sob que forma a atividade sexual foi constituída como domínio moral? Por que esse cuidado ético tão insistente, apesar de variável em suas formas e em sua intensidade? Por que essa problematização? (FOUCAULT, 2012, p. 193)

Entre as grandes objeções do direito democrático da sexualidade, invocam-se razões morais para opor-se a tal direito. A resposta a tal objeção é que a democracia deve acolher a moralidade crítica, em que os argumentos de gosto, tradição e nojo, bem como o sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais. Uma vez que há ausência de dano relevante a terceiros e a existência livre e espontânea do consentimento, não há que se falar em objeção moral diante da liberdade sexual. Ressalta-se que o debate sobre os direitos sexuais se dá em conformidade com o Estado laico e democrático de direito e com os ideais republicanos, pois, sendo imposta uma moral única, inviabiliza-se e existência de uma sociedade aberta e pluralista (MASIERO, 2015; PIOVESAN; SILVA, S., 2015; RIOS, 2006).

Na existência de um padrão dominante na sociedade, que é branca, masculina, cristã, heterossexista, pode-se falar em minoria (PIOVESAN; RIOS, 2001). Assim, a pessoa sobrevive desde que se encaixe nesses padrões, ou seja, as mulheres, os negros e o grupo LGBTQI+ devem se comportar e aceitar a visão de mundo dos homens brancos heterossexuais. Portanto, o sujeito se verá obrigado a obedecer às normas que regulam sua cultura (BUTLER, 1999 apud LOURO, 2004; FOUCAULT, 2011; PIOVESAN; RIOS, 2001).

Esta ordem é reiterada constantemente, seja de modo implícito ou explícito. Todavia, ainda que haja planos e estratégias, haverá os que rompem com as regras e transgridem a ordenação. Estes serão, conforme explica Louro (2004), os alvos preferenciais das pedagogias

corretivas e das medidas punitivas ou de recuperação, para os quais a sociedade reservará penalidades, sanções, reformas e exclusões. Destarte, o padrão cultural, ao mesmo tempo que delimita o que deve ser seguido, fornece, paradoxalmente, a pauta para as transgressões. Percebe-se, o que Foucault afirma ser, a onipresença de poder, reiterando identidades:

[...] o poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares. E “o” poder, no que tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de auto reprodutor, é apenas efeito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las. (FOUCAULT, 2011, p. 103)

Formam-se, assim, sistemas simbólicos cumprindo a função política de imposição ou de dominação, que asseguram o domínio, produzindo violências simbólicas, dando reforço à própria força que contribui para a dominação. Papel importante, também, é que este poder simbólico, poder que constitui, confirma e transforma a visão do mundo, é quase mágico, uma vez que é ignorado como arbitrário, pois sua ideologia não aparece e não se assume como tal. Deste desconhecimento é nítida a eficácia simbólica (BOURDIEU, 2012), inclusive na relação de poder entre o dominante e o grupo LGBTQI+, em que há uma construção social ancorada no estigma e na discriminação (RIOS, 2007 apud CARVALHO, 2012, p. 197).

No viés axiológico, é necessário se debruçar sobre a suficiência ou não dos juízos valorativos indicados na fundamentação para eventual tutela à população LGBTQI+, uma vez que somente em razão da justificação do tratamento desigual é que há de falar que não há violação do princípio da igualdade. Ora, a motivação da diferenciação é uma questão de valorações abertas ao legislado, surgindo o juízo arbitrário no respaldo estabelecido (RIOS, 2001). É primordial elencar para o

campo valorativo a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948 (BRASIL, 1992b), uma vez que traz a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. Universalidade, sob a crença de que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos, uma vez que o ser humano é dotado de unicidade existencial e dignidade, intrínsecos à humanidade. Indivisibilidade, porque é necessária a garantia dos direitos civis e políticos para a observância dos demais direitos, como sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Assim sendo, reconhecer estes direitos requer enfrentar a injustiça cultural, os preconceitos e os padrões discriminatórios, transformando culturalmente e adotando políticas de reconhecimento (PIOVESAN; SILVA, S., 2015).

Além do mais, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966*, recepcionado pelo Brasil por meio do *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*, em seu artigo 2º garante que:

Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. (BRASIL, 1992a)

Destaca-se que o *Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – comitê das Organização das Nações Unidas –*, no *Comentário Geral nº 20*, observou a inclusão da orientação sexual na expressão “outra situação”, constante do artigo 2º do Pacto (ONU, 2009). Não menos importante, os *Princípios de Yogyakarta*, princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, declara que todos os direitos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionais e

que ninguém pode ser motivo de discriminação ou abuso por orientação sexual ou identidade de gênero, pois estes são de suma importância para a dignidade e humanidade de cada pessoa (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Cumprе ressaltar que a *Constituição da República Federativa do Brasil* declara como princípio fundamental, no seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). À vista disto, há o princípio da igualdade, tanto na dimensão formal (igualdade perante a lei), quanto na material (igualdade na lei), que proíbe a discriminação por orientação sexual (CARVALHO, 2012; GOMES, 2003; PIOVESAN; RIOS, 2003; PIOVESAN, 2005; 2015; RIOS, 2001; 2015). Conforme trazido por Roger Raupp Rios, no Seminário Internacional sobre As Minorias e o Direito:

A discriminação por orientação sexual é um caso paradigmático de teste para a eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de hipótese de preconceito difuso por todas as categorias. Exige-se levar a sério princípios absolutamente fundamentais de liberdade e de igualdade que formam todos os regimes democráticos e que são desafiados por eles. Regimes democráticos fortes, como os da América do Norte e Europa, muitas vezes não sabem responder diante desses dilemas. É necessário falar sobre discriminação por orientação sexual, porque os direitos humanos são mais necessários onde são mais combatidos e mais desafiados. (PIOVESAN; RIOS, 2003, p. 165)

Já no campo jurídico, apesar de se constatar, pouco a pouco, uma evolução da jurisprudência e da legislação, que vêm reconhecendo o princípio isonômico (RIOS, 2001), percebe-se que o cenário social pós-moderno e as relações humanas tornaram-se complexas a ponto de se observar a existência de uma crise no sistema jurisdicional, uma vez que se torna difícil a jurisdição para as demandas contemporâneas, causando um distanciamento da realidade social e das respostas dadas pelo sistema estatal. A realidade jurisdicional decorre da inser-

ção do caso concreto no aparato legal e, na omissão legislativa, principalmente nos direitos transindividuais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais, *queer* e *intersex*, o que acarreta um grande empoderamento do julgador e de seu livre-arbítrio. Assim, a nova realidade fática carece da criação de novos instrumentos legais e da reformulação das mentalidades, pois os mecanismos lógico-formais hodiernos não acatam as respostas buscadas para os conflitos de direitos além dos individuais. Ademais, o caráter reducionista e autosuficiente do normativismo jurídico por vezes impossibilita a participação de outras áreas dos saberes, o que acarreta superficialidade das decisões e o não atendimento às reais necessidades dos conflitantes (CACENOTE; MARTINS, 2015). Assim, reconhece-se que o direito e a jurisprudência operam com juízos valorativos, demonstrando um campo com convicções morais subjetivas dos operadores do direito (ALEXY, 2005 *apud* ÁVILA; RIOS, 2016).

Entretanto, não basta a lei para revoluções dos direitos humanos. Carmen Lúcia A. Rocha (2003, p. 81), ministra do STF, declara que existe “hoje uma vasta legislação; o problema é que não conseguimos aplicar as leis que temos. A efetividade dos direitos humanos é a grande tônica desses primeiros cem anos do milênio. Ter leis é necessário, porque, se não as tivermos, não teremos instrumentos para lutar”. Joaquim Barbosa Gomes (2003), vai ao encontro deste pensamento, ao afirmar que:

apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou. (GOMES, 2003, p. 92)

Nessa perspectiva, o Estado tem duas formas de posicionamentos

possíveis: a) manter-se neutro e permitir a subjugação dos grupos sociais desprovidos de força política; ou b) atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais através de ações afirmativas (GOMES, 2003). Já no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, percebem-se duas estratégias utilizadas para enfrentar a discriminação: a) repressiva punitiva, que tem o intuito de punir e proibir a discriminação; e b) promocional, objetivando promover e fomentar a igualdade. Inexorável a compreensão de que ambas as estratégias devem ser utilizadas concomitantemente, pois se “o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, por si só é, todavia, medida insuficiente. Vale dizer, é fundamental conjugar a vertente repressiva punitiva com a vertente promocional” (PIOVESAN, 2005, p. 49).

Resta lembrar que a ideia equivocada em torno da minoria de que determinados direitos, principalmente os protetivos contra a discriminação, são ditos como “direitos especiais” não merece prosperar, pois a elaboração de medidas afirmativas, ainda que por meio de iniciativas legislativas antidiscriminatórias, apenas concretiza os princípios fundamentais e os direitos humanos de todos – o que não pertence apenas à maioria e às minorias toleradas. Ainda que se discuta a legitimação democrática de juízes e legisladores ao proferirem decisões e medidas protetivas da “sexualidade desviante” contrárias à opinião pública majoritária, percebe-se que tais decisões apenas cumprem a função fundamental dos direitos humanos: proteger os indivíduos e grupos contra violações perpetradas por maiorias (RIOS, 2006).

No mais, para que sejam reconhecidos os plenos direitos de identidade de gênero e orientação sexual, “é necessária uma neutralidade ética da ordem jurídica e política, ou seja, que o Estado garanta os direitos fundamentais e liberdades subjetivas de qualquer indivíduo, in-

dependentemente de sua expressão identitária” (HABERMAS, 2002 *apud* CACENOTE; MARTINS, 2015, p. 48).

Importante, desta forma, o estudo sobre a necessidade, a aplicabilidade e a eficácia de normas jurídicas, como forma de ação afirmativa, para a tutela dos direitos que foram negados ao grupo LGBTQI+, bem como para demonstrar a relevância de se observar direitos humanos, princípios internacionais e constitucionais e o aspecto fático-axiológico, como meio de enfrentamento a dispositivos normativos e mentalidades inócuos e desconexos com a emergência de observância desta minoria qualitativa.

Interseccionalidade entre as discriminações por raça, gênero e orientação sexual

A interseccionalidade analisa a inter-relação das identidades sociais, pois acredita que as discriminações se sobrepõem e se interseccionam múltipla e simultaneamente (CRENSHAW, 2004; RIOS; SILVA, R., 2017). Assim, é viável que ações antidiscriminatórias a determinado grupo tenham dinâmicas semelhantes às que protegem outros indivíduos.

A demanda do movimento LGBTQI+ recebeu apoio de movimentos sociais similares na perspectiva emancipatória, a exemplo do movimento das mulheres e do movimento negro, que consideram legítima a inclusão dos temas relativos à orientação sexual e à identidade de gênero na legislação (CARVALHO, 2012). A insuficiência normativa deixa a comunidade LGBTQI+ mais vulnerável à violência e se apresenta de forma discriminatória, quando se percebe que os movimentos das mulheres e de negros obtiveram seus estatutos criminalizadores (MASIERO, 2015).

Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos demonstram a luta pela eliminação de discriminações racial e gênero, em especial quando se observa a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* e a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Entretanto, não há consenso internacional suficiente para a adoção de uma Convenção sobre a Eliminação da Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero, porque muitos países ainda criminalizam (ou toleram de forma mínima) as práticas homossexuais, mesmo que o combate à discriminação seja fundamental para garantir o pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN; SILVA, 2015).

Importante observar que a tutela dos direitos LGBTQI+ é necessária, da mesma forma que foram as leis que protegem e reconhecem direitos específicos quanto à luta contra o racismo e a misoginia. Por exemplo, a *Lei Maria da Penha* provocou um debate ainda mais intenso sobre o problema da violência doméstica na sociedade brasileira e a necessidade de reduzir tal prática, bem como as mulheres passaram a se sentir acolhidas pelo serviço de atendimento e ascendeu o número de denúncias. Não obstante, quanto à questão racial, desencadeou-se clara mudança cultural, não tanto pela lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, mas mais pela inclusão da injúria racial no *Código Penal Brasileiro*. Hoje, não se imagina exteriorizar, sem risco algum, afirmações injuriosas contra os negros (MASIERO, 2015). Enquanto a misoginia e racismo são condenados pelas instituições, a LGBTQI+fobia continua sendo considerada quase uma opinião de bom senso (BORRILO, 2010 apud MASIERO, 2015, p. 872). Já nas questões de gênero, a *Lei 11.340/2006*, conhecida como *Lei Maria da Penha*, procurou criar um sistema jurídico

autônomo, que não pode ser qualificado tão somente em “penal” ou “civil”, regido por regras próprias de interpretação, aplicação e execução, ao desenvolver a categoria normativa de violência de gênero, redefinir a expressão “vítima”, estabelecer demasiadas medidas protetivas e criar o Juizado de Violência Doméstica e Familiar, com competência civil e penal (BRASIL, 2006).

No entanto, as lutas contra a misoginia e contra o racismo se apresentam de maneiras distintas no Brasil. Na questão racial, enquanto a *Lei 7.716/1989* optou por criar um sistema próprio de criminalização das condutas por preconceito racial ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, objetivando à responsabilização penal de impedimentos, recusas e obstaculizações de oportunidades, serviços e locais (BRASIL, 1989); a *Lei 10.741/2003* criou o tipo penal de injúria racial, com a inserção do §3º, no art. 140, do *Código de Penal* (BRASIL, 2003a).

Ao analisar a conquista de menor exposição à violência alcançada por movimentos racial e de gênero, percebe-se que o progresso maior se deu “no plano simbólico e discursivo, ou seja, na produção de um significado cultural de expressão de intolerância em relação à violência [...], do que efetivamente o aumento das práticas cotidianas de criminalização e de encarceramento” (CARVALHO, 2012, p. 204). Assim, sob o aspecto crítico da criminologia, a criminalização pouco auxilia na redução da violência, possuindo efeito simbólico, isto é, a impressão de que “algo está sendo feito” (GARLAND, 2008 apud MASIERO, 2015, p. 869-870).

Considerando movimentos sociais, a nomeação da criminalização da LGBTQI+fobia, seja por meio de agravantes, qualificadoras ou tipo próprio no ordenamento jurídico, destacaria o reconhecimento formal pelo poder público, podendo impactar positivamente na cul-

tura, desestabilizando os preconceitos e discriminações enraizadas no tecido social, tendo em vista o papel que o direito penal ainda exerce na cultura brasileira, reflexo do efeito simbólico. Todavia, por uma cultura embriagada pelo punitivismo, o efeito simbólico é o único efeito virtuoso que se pode esperar da criminalização de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero (CARVALHO, 2012; MASIERO, 2015). Assim, de acordo com Salo de Carvalho:

a pauta político-criminal do movimento LGBTs estaria adequada às premissas de um direito penal de garantias se, em primeiro lugar, as condutas identificadas como homofóbicas fossem circunscritas àquele horizonte de criminalização da violência contra pessoa concretas de carne e osso e, em segundo, se a criminalização ficasse restrita ao plano simbólico de nominação da violência, sem habilitação do poder punitivo sancionador. (CARVALHO, 2012, p. 205)

Portanto, a mera criminalização da LGBTQI+fobia pode oferecer mais um efeito simbólico, com o reconhecimento do movimento, pelo Estado, do que a redução, de fato, da violência, preconceito e discriminação que o LGBTQI+ sofre. Conforme realçado por Hans Kelsen (1998, p. 42), “o elemento de coerção é relevante apenas como parte do conteúdo da norma jurídica, apenas como um ato estipulado por essa norma. As regras que constituem um sistema de moralidade não possuem tal significação”.

Não obstante, percebe-se que demasiados sujeitos que proferem discursos de ódio quanto às questões raciais e sexuais parecem se esconder atrás da liberdade de expressão, direito fundamental previsto na *Constituição Federal*. Todavia, este discurso, ao contrário do que afirmam, não encontra respaldo legal, tampouco constitucional. O Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento de que a liberdade de expressão não é superior à dignidade da pessoa humana e à isonomia.

Neste sentido:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [HC 82.424, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, DJ de 19-3-2004.] (BRASIL, 2003b)

Além do mais, os movimentos raciais, de identidade de gênero e de orientação sexual mostram um outro aspecto das violências sofridas: não se lida com grupos distintos de pessoas, mas com grupos sobrepostos, e que é necessário identificar o que acontece quando diversas formas de discriminação se correlacionam e afetam as vidas de determinadas pessoas (CRENSHAW, 2004). Corroborando com este raciocínio, Roger Raupp Rios e Silva entende que:

De fato, o fenômeno discriminatório é múltiplo e complexo. Os diferentes contextos, redes relacionais, fatores intercorrentes e motivações que emergem quando, no trato social, indivíduos e grupos são discriminados, não se deixam reduzir a um ou outro critério isolado. (RIOS; SILVA, R., 2017, p. 45)

Uma das características do movimento LGBTQI+ é a diferenciação de vários sujeitos políticos internos: lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, *queer*, *intersex* e mais, com foco em demandas específicas de cada um desses coletivos.

De acordo com pesquisa realizada em 2015 no Distrito Federal,

a atribuição de características culturalmente associadas às mulheres, como a passividade, é considerada o pior meio de insultar o homem homossexual (BAERE; ZANELLO; ROMERO, 2015). Conforme afirma Regina Facchini:

Os homens homossexuais conservam certas prerrogativas de gênero, negadas às lésbicas, que aproximam estas últimas do movimento feminista. Existem formas de violência de gênero que fazem com que homens homo e bissexuais sofram mais violência em espaços públicos, enquanto mulheres homo e bissexuais são mais vitimizadas em ambientes privados, sobretudo no ambiente familiar e de vizinhança. (FACCHINI, 2011, p. 195)

A discriminação múltipla na perspectiva quantitativa é caracterizada como aditiva ou composta. Enquanto na aditiva ocorre quando alguém é discriminado com base em diversos critérios discriminatórios, em momentos diferentes, a composta provém da concomitância de fatores em uma mesma situação. Já a discriminação múltipla na perspectiva qualitativa, também chamada de discriminação interseccional, implica a análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério discriminatório, como fenômeno original, irreduzível e inassimilável ao somatório de diversos critérios proibidos de discriminação, sejam simultâneos ou não (RIOS, 2015).

Ao notar as modalidades de discriminação, são necessárias respostas e compreensão jurídica específicas. Na questão racial, por exemplo, reconhece-se, seja nacional ou internacionalmente, a ocorrência da interseccionalidade. Na *Convenção Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância*, prevê que “as vítimas podem sofrer formas de discriminação múltiplas ou agravadas com base em outros factores conexos como o sexo, a língua, a religião, a opinião política, a origem social, a fortuna, o nascimento ou outra situação” (ONU, 2001). Ademais, no *Estatuto de Igualdade Ra-*

cial brasileiro, art. 1º, inciso III, reconhece a interseccionalidade entre gênero e raça, distanciando as mulheres negras e os demais segmentos sociais (BRASIL, 2010). Na questão de gênero, a *Lei Maria da Penha* tem previsão de diretrizes para atenção de intersecções de raça, classe e etnia em casos de violência contra a mulher (RIOS, 2015).

Portanto, é indubitável a necessidade de analisar a história dos movimentos racial e o de gênero, pois demonstram que somente a criminalização não é a opção mais aconselhável para a proteção dos direitos LGBTQI+, uma vez que um dos poucos benefícios que se pode ter é a produção do efeito simbólico, e não de uma mudança socialmente eficaz. Além do mais, demonstram a necessidade de observar os vários contextos e sobreposições de características discriminatórias, já que os sujeitos políticos dos grupos vulneráveis tendem fazer parte de outros grupos que também tem os direitos fundamentais omissos, como é o caso da lésbica negra, que sofre discriminação interseccional entre orientação sexual, identidade de gênero e racial.

Abordagem estatal quanto ao reconhecimento dos direitos de identidade de gênero e orientação sexual

Ação afirmativa pode ser entendida como um conjunto de políticas públicas e privadas, com o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal, em virtude da respectiva condição racial, étnica ou sexual (GOMES, 2003). Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis meramente proibitivas, que oferecem tão somente caráter reparatório e de inter-

venção após o fato, as ações afirmativas têm natureza multifacetária e procuram evitar a discriminação nas formas usualmente conhecidas.

Neste cenário, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado por todos, em que a harmonia e a paz social são as causas finais, que são seriamente perturbadas quando um grupo social se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso (RIOS, 2008). Ademais, Joaquim Barbosa afirma que:

Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, à convicção de que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do status de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado a sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica. (GOMES, 2003, p. 93)

Um debate crucial, contudo, a respeito das ações afirmativas é a destinação de recursos públicos. O Estado Moderno é resultado do imperativo iluminista de que o conjunto dos recursos deve ser convertido para o bem-estar geral da coletividade. Então, emergiu o Estado de Bem-Estar Social, interventivo e regulador, sem ignorar as noções básicas e reservando a uma pequena minoria os instrumentos de aprimoramento possíveis à prosperidade e ao bem-estar individual e coletivo, pois há a consciência de desigualdades que devem ser remediadas (GOMES, 2003).

Dentre os argumentos que justificam as ações afirmativas, pode-

se citar: a) combate aos efeitos atuais da discriminação passada; b) promoção da diversidade; c) natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas; d) criação de modelos positivos; e e) provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias (RIOS, 2008). Portanto, ações afirmativas objetivam novas condições de vida, mediante a criação da igualdade fática.

Sabe-se que o anseio de se criar uma sociedade igualitária é presente no direito brasileiro. A *Constituição Federal* se preocupa, por exemplo, com a construção de uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades regionais e com a promoção do bem de todos, sem preconceito (BRASIL, 1988).

Como já afirmado, o combate à discriminação faz-se por proibir discriminações concomitantemente a instituição de políticas compensatórias, pois a legislação repressiva não é suficiente. Essenciais, portanto, as estratégias promocionais capazes de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais, superando as tradicionais abordagens repressivas e forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório por natureza em seu espírito (PIOVESAN; SILVA, 2015; RIOS, 2006).

O *Projeto de Lei n.º 122, de 2006*, que visou a criminalizar a homofobia, com a inclusão deste na *Lei 7.716/1989*, é um exemplo disso, pois retratava uma proposta legislativa meramente repressiva. Importante lembrar que o *PLC n.º 122* foi anexado ao *Projeto de Lei do Senado PLS n.º 236/2012*, que trata da reforma do *Código Penal*. A segunda e última versão do substitutivo à reforma do *Código Penal* retirou do texto as menções à orientação sexual e à identidade de gênero, resultando em retrocesso aos termos do *PLC n.º 122* (RIOS, 2015). Embora o Projeto não mais subsista, ressaltam-se os pensamentos de

Salo de Carvalho:

Neste sentido, acredito que a via eleita pelo movimento LGBTs, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/1989, foi extremamente inadequada. Primeiro porque dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. Por mais que a homofobia possa ser enquadrada teoricamente nos crimes de ódio (hate crimes) e guarde uma significativa identificação com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, cada um destes fenômenos guarda uma complexidade própria que merece ser analisada individualmente. Segundo, porque as condutas tipificadas pela Lei 7.716/1989, acrescidas de outras propostas no PL 122/2006, referem, em sua maioria, obstaculizações ou impedimentos de acesso e oportunidades, bens, serviços ou locais, situações que, desde uma perspectiva garantista/minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, como, por exemplo, nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa. Em terceiro, e de forma mais contundente, porque o PL 122/2006 não nomina, como crime homofóbico, as condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros motivadas por preconceito ou discriminação. A questão parece ser de fundamental análise porque são exatamente estes dados sobre o volume de delitos violentos, impulsionados pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização. (CARVALHO, 2012, p. 205)

O *Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual (PEDS)*, elaborado pela *Ordem dos Advogados do Brasil*, que incorpora propostas sobre combate à homofobia e defesa dos direitos LGBTQI+, também recebe bastantes críticas. De acordo com Rios (2011), o *PEDS* carece de precisão quanto ao objeto de proteção jurídica que visa a promover. O artigo 2º, por exemplo, arrola os sujeitos de direito determinados, de acordo com a orientação sexual e identidade de gênero, todavia, não traz clareza conceitual quanto à definição jurídica sobre gênero, orientação sexual ou identidade de gênero. Além do mais, o *PEDS* não

esclarece quem são os destinatários da proteção antidiscriminatória, nem responde ao questionamento de a proteção ser tão somente para alguém que se identifica como tal ou também daquele que é identificado apenas por terceiros.

Quanto aos aspectos penais, a redação do *PEDS* é idêntica ao *PLC 122*, com o acréscimo de um tipo penal geral de “homofobia”. A restrição da proteção penal apenas para as esferas do mercado de trabalho, das relações de consumo e para hipótese de incitação de violência é inadequada e deixa faltando, do ponto de vista penal, toda a proteção contra a discriminação que a Constituição dispõe em muitas outras esferas essenciais da vida (RIOS, 2011).

É notório que por demasiadas vezes as leis penais não ofendem, tampouco complementam o sentido das normas constitucionais, envolvendo espaços de conformação que a *Constituição* deixa ao legislador. Ora, é substancial o diálogo entre Direito Constitucional e Penal para a abertura da ciência penalística com a realidade social buscada, pois a função constitucional do Direito Penal é servir de instrumento para proteger direitos fundamentais, individuais e sociais, e “não há verdadeira hermenêutica constitucional quando se desprezam os fatos sociais” (GONÇALVES, 2013).

Hoje a estratégia normativa utilizada pelo movimento LGBTQI+ é priorizar o *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 7.582/2014*, que define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, não apenas quanto à orientação sexual e identidade e expressão de gênero, mas quanto ao enfrentamento de toda e qualquer forma de discriminação aos grupos em situação de maior vulnerabilidade social. Este projeto, além de trazer dispositivos penais que não se limitam ao mercado de trabalho, tampouco às relações consumeristas, também traz previsões sobre diversos ramos do ordenamento

jurídico, como o direito processual, o direito à saúde, o direito à assistência e o direito à educação (CONFERÊNCIA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, 2016; BRASIL, 2014).

Ademais, até o final da década passada, a atuação do movimento LGBT estava focado no Poder Legislativo, todavia, atualmente, devido às resistências decorrentes de demandas relativas a direitos sexuais e reprodutivos, o movimento voltou o foco para atuação do Poder Executivo, que é exemplificado pelo crescente número de portarias, decretos, resoluções que disciplinam o uso de nomes sociais por travestis e transexuais em diferentes estados e municípios. Todavia, os atos normativos secundários do Poder Executivo são dotados de menos força normativa, quando comparados com as leis, proporcionando grande insegurança jurídica, pois podem ser revogados por vontade do governante.

Nota-se, portanto, alternativas parciais e de alcance limitado, contrariando a tradição de um federalismo centralizado, próprio do Estado brasileiro, tornando vulneráveis os direitos assegurados, já que não existe uma normativa de alcance nacional, que atenda às reivindicações de maneira mais ampla e uniforme possível. Embora a pauta LGBTQI+ tenha iniciativas fragmentadas, ainda não são objetos de políticas públicas mais articuladas e de alcance nacional, mesmo que elas sejam de suma importância para manutenção e superação das opressões de gênero e sexuais (BRITO; MELLO; MAROJA, 2013). E, neste contexto, demasiadas indagações são realizadas, no momento em que se assume a relevância das políticas públicas, inclusive questionando sobre o modo que se apresentam, quando voltadas à comunidade LGBTQI+.

Neste sentido:

[...] o que são políticas públicas para a população LGBT? Organizar eventos que promovam a visibilidade da luta pela garantia da cidadania de pessoas LGBT é uma política pública? Aprovar leis municipais e estaduais que instituem dia do orgulho gay, lésbico, travesti, transexual ou LGBT é uma iniciativa que se materializa em políticas públicas? Criar “cursos de capacitação” sobre direitos sexuais e combate à homofobia, voltados para segmentos profissionais e sociais diversos, constitui uma política pública? A resposta a essas e outras questões, que se reportam a um número significativo de ações hoje promovidas pelos governos federal, estaduais e municipais no âmbito dos direitos da população LGBT, será quase sempre ambivalente. Na maior parte das vezes, tais iniciativas são, menos que políticas públicas de Estado consistentes e de largo alcance, políticas de governo resultantes da ação e dedicação de um grupo reduzido de gestoras, não estando articuladas, todavia, a instrumentos de planejamento potencialmente capazes de lhes assegurar efetividade, em especial o orçamento público. Apesar disso, políticas públicas e políticas públicas para a população LGBT são expressão cada vez mais utilizadas no contexto das demandas por garantia de direitos no Brasil, ainda que muitas vezes não se saiba exatamente o que significam. (BRITO; MELLO; MAROJA, 2013, p. 416)

Percebe-se a partir do exposto acima que, embora haja demasiadas iniciativas públicas, estas falham em ser reconhecidas como políticas públicas, uma vez que estas compreendem o processo que o governo produz resultado ou mudanças desejadas no mundo real, objetivando a reduzir desigualdades.

As políticas públicas eficazes, consoante Brito, Mello e Maroja (2010, *online*), podem ser resumidas em cinco tópicos:

um marco jurídico que ampare a formulação da política pública, esclarecendo a necessidade de proteção dos direitos;

um programa/plano que trace princípios, diretrizes, objetivos, metas e eixos estratégicos;

um órgão responsável pela elaboração e execução das políticas;
um conselho responsável pelo controle social do programa/plano que materializa as políticas públicas propostas; e
dotação orçamentária.

Atualmente, as iniciativas de políticas públicas para a população LGBTQI+ contam apenas com um órgão responsável (*Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT*, vinculada à *Secretaria de Direitos Humanos*) e com um conselho (*Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*), omitindo-se quanto aos outros tópicos. O *Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)* (BRASIL, 2009), instituído pelo *Decreto nº 7.037/2009*, que busca a efetivação dos direitos humanos como uma política de Estado, traz como objetivo estratégico o respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, com oito ações programáticas. Algumas já foram concluídas e outras são de natureza continuada.

A primeira ação programática, por exemplo, que é desenvolver políticas afirmativas e de promoção de uma cultura de respeito, para enfrentar os determinantes econômicos, sociais, culturais e ambientais da violência que afetam negativamente a população LGBTQI+, pretende criar um *Sistema Nacional LGBT*, que estimule a criação de políticas públicas LGBTQI+ nos estados, municípios e Distrito Federal, além de criar uma rede de atendimento e enfrentamento à violência. Uma das atuais iniciativas desta ação, conforme site da *Secretaria dos Direitos Humanos*, é a articulação da adesão das Unidades Federativas que não assinaram o *Termo de Cooperação Técnica de Combate à Homofobia* (Bahia, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia e São

Paulo) (BRASIL, [ca. 2017]).

Contudo, ainda que não tenham assinado o Termo, estes entes federativos apresentam normas que tutelam direitos LGBTQI+, como a Bahia, que tem o *Decreto n.º 11.959/2010*, que institui o *Comitê Estadual de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*, o *Decreto n.º 12.018/2010*, que aprova o *Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos da Bahia* e o *Decreto n.º 12.019/2010*, que aprova o *Plano Estadual de Direitos Humanos da Bahia*. Também, o Distrito Federal, que aprovou a *Lei n.º 2.615/2000*, determinando sanções às práticas discriminadas em razão da orientação sexual das pessoas (ressalta-se que o decreto que regulamentava a lei distrital foi derrubado pela Câmara Legislativa). É notório que a busca por efetivação dos direitos ao grupo LGBTQI+, pelos entes federativos, está restringida à criação de Comitês, Convenções, Planos de Educação e sanções administrativas, tendo em vista que demasiadas competências aproveitáveis à luta pertencem privativamente à União, tendo a título de exemplo o poder de legislar sobre os direitos civil, penal e processual, bem como sobre as diretrizes e bases da educação nacional, previstas no art. 22 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ponto de desavença foi a retirada dos termos “orientação sexual” e “identidade de gênero” da proposta da *Base Nacional Comum Curricular (BNCC)*. A *BNCC* estabelece direitos, conhecimentos, competências e objetivos de aprendizagem para todas as crianças e adolescentes brasileiros desde a Educação Infantil até o Ensino Médio. Inviabilizar o debate sobre estes temas poderá recrudescer os índices de homofobia, lesbofobia e transfobia, acarretando reprodução do estigma, discriminação e violência contra LGBTQI+. Ademais, tratar sobre orientação sexual e identidade de gênero é tratar de questões

sociais sérias, que merecem atenção e intervenção das políticas de educação (ABGLT, 2017).

Ser omissos e não nominar especificamente a orientação sexual e identidade de gênero na *BNCC* significa respaldar e ser conivente com o preconceito, a discriminação, o estigma e a violência vivenciados por estudantes lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, *queer*, *intersex* e outras pessoas (LGBT) nos ambientes educacionais e, pior, significa indiferença e inércia por parte das autoridades constituídas em assumir sua obrigação de tomar medidas para garantir a segurança e a permanência de todos/todas os/as estudantes nas escolas, inclusive os/as estudantes LGBTQI+, ferindo assim a *Constituição Federal*, os marcos normativos da educação brasileira e as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. (ABGLT, 2017)

Não obstante as falhas presentes no Executivo e Legislativo, percebe-se a participação, por vezes negativa, do Poder Judiciário. Alguns doutrinadores acreditam que o movimento LGBTQI+ brasileiro tem ampliado suas conquistas, nos últimos anos, graças à ingerência positiva do Judiciário, encontrando espaço de constatação de direitos, exemplificado na união estável e no casamento civil, com reflexos nos direitos sucessório e previdenciário, o que representa um expressivo avanço na luta pela isonomia e diminuição de preconceitos (CARVALHO, 2012), demonstrando que boa parte das discussões a respeito das atribuições estatais estão voltadas ao Judiciário, que tem como função assegurar a justiça nas relações e no convívio social.

É emblemático nesse sentido a discussão realizada no ano de 2019 no Supremo Tribunal Federal a respeito da criminalização da ‘LGBTfobia’ com base na *Lei Antirracismo*, diante da inércia e omissão por parte do Poder Legislativo.

Entretanto, acredita-se que a mera intervenção do Estado através

de processos jurisdicionais não assegura o devido reconhecimento dos direitos LGBT (CACENOTE; MARTINS, 2015). Não obstante, pode-se afirmar que existe uma ineficiência do sistema jurisdicional em sanar os anseios sociais, já que por vezes há desarmonia entre a demanda judicial e a decisão prolatada, embora o Judiciário seja o Poder mais atuante a favor dos direitos LGBTQI+. Ademais, é clara a incompetência dos agentes jurídicos em trabalhar com novas realidades fáticas, que se tornam cada vez mais multifacetadas.

Destaca-se que a maioria dos profissionais da área jurídica se encontra presos ao modelo positivista, não se permitindo, assim, a compreensão por meio de outros campos, como o da filosofia, da psicologia, da antropologia, da sociologia, entre outros. "[...] Outrossim, o Poder Legislativo brasileiro, em razão das ideologias de grande parte dos seus representantes, se empodera de um discurso fundamentalista e discriminatório no tocante ao devido reconhecimento das identidades sexuais. (CACENOTE; MARTINS, 2015, p. 35)

Isto é perceptível com o advento do *Novo Código Processual Civil (NCPC)*, que concretiza ainda mais a garantia constitucional da fundamentação da decisão judicial, prevista no art. 93, inciso IX, da *Constituição Federal* (BRASIL, 1998). O *NCPC* objetiva ao magistrado, no exercício do *munus publico*, considerar as rápidas mudanças culturais, sociais, políticas e econômicas, para além de uma simples subsunção matemática do fato à norma (SOUZA, 2015), objetivo este que por vezes não é observado, indo de encontro a princípios constitucionais, como da ponderação, proporcionalidade e razoabilidade.

Apenas no ano de 2017, por exemplo, foram notórias decisões judiciais contrariando o saber jurídico sobre direitos sexuais.

Uma delas foi proferida quando demandada, em Jundiá, em sede de tutela de urgência, para a suspensão de uma peça teatral que trouxe

a figura de Jesus Cristo representada por uma travesti, propondo seu retorno na condição de transexual, trazendo uma reflexão a respeito do preconceito que recai sobre orientações sexuais das pessoas.

No deferimento da tutela, o juiz decidiu que:

[...] Desse cenário extrai-se, portanto, que a tutela de urgência almejada comporta deferimento, uma vez que, muito embora o Brasil seja um Estado laico, não é menos verdadeiro o fato de se obstar que figuras religiosas e até mesmo sagradas sejam expostas ao ridículo, além de ser uma peça de indiscutível mau gosto e desrespeitosa ao extremo, inclusive.

De fato, não se olvide da crença religiosa em nosso Estado, que tem JESUS CRISTO, como o filho de DEUS, e em se permitindo uma peça em que este HOMEM SAGRADO seja encenado como um travesti, a toda evidência, caracteriza-se ofensa a um sem número de pessoas.

[...]

Nessa esteira, levando-se em conta que a liberdade de expressão não se confunde com agressão e falta de respeito [...] não se pode admitir a exibição de uma peça com um baixíssimo nível intelectual que chega até mesmo a invadir a existência do senso comum, que deve sempre permear por toda a sociedade. (SÃO PAULO, 2017, p. 19-20)

É perceptível na decisão supracitada a parcialidade e não laicidade do juiz, uma vez que este julga a demanda com a intervenção de fatores psicológicos. Basicamente, o magistrado demonstra a sua ausência de laicidade, caracterizado pelas palavras “JESUS CRISTO”, “filho de DEUS” e “HOMEM SAGRADO”. A falta de conhecimento sobre conceitos e termos sobre identidade de gênero é explícita, pois o julgador fala, equivocadamente, em “um travesti”, em vez de “uma travesti”. Além disso, não se pode proibir trabalho artístico, que não tenha conteúdo criminoso, tão somente por entender que o conteúdo é repugnante. É função da arte provocar, instigar, despertar sentidos

que muitas vezes estão tapados por uma camada praticamente intransponível de senso comum. O juiz pode ter sua religião, e isso faz parte, inclusive, de sua cosmovisão enquanto magistrado que decide pela livre convicção. O que não deve acontecer é, ausente uma conduta antijurídica e criminosa, ressaltar uma imposição religiosa a ponto de tolher direitos e garantias fundamentais de pessoas que tenham crenças distintas ou mesmo a não crença, com decisões sob o manto do livre convencimento, mas este de maneira desmotivada e sem fundamentos jurídicos plausíveis.

Outrossim, este julgado representa os muitos que registram nexos desprovidos de lógica e coerência entre a identidade de gênero ou orientação sexual e as consequências jurídicas, insatisfazendo a clareza e correção argumentativa exigível das decisões, ofendendo a garantia da motivação, fenômeno que possui estreita relação com a “cultura do ódio”, uma vez que demonstra nos julgadores (togados ou não) demasiados preconceitos (RIOS, 2001).

Outra decisão judicial que proporcionou demasiadas críticas foi a Ação Popular, com pedido de liminar, objetivando a suspensão dos efeitos da *Resolução 001/1999*, do Conselho Federal de Psicologia, a qual estabeleceu normas de atuação para os psicólogos em relação às questões relacionadas à orientação sexual, que veda estudos e terapias para (re)orientação. Tal ação foi deferida liminarmente sob o argumento de ferir a liberdade científica. O juiz entendeu que:

Por todo exposto, vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão parcial da liminar vindicada, visto que: a aparência do bom direito resta evidenciada pela interpretação dada à Resolução nº 001/1999, pelo C.F.P, no sentido de proibir o aprofundamento dos estudos científicos do País e, por consequência, se patrimônio cultural, na medida em que impede a inviabiliza a investigação de aspecto importantíssimo da psicologia, qual seja, a sexualidade hu-

mana. O perigo da demora também se faz presente, uma vez que, não obstante o ato impugnado datar da década de 90, os autores encontram-se impedidos de clinicar ou promover estudos científicos acerca da (re)orientação sexual [...]. (BRASIL, 2017)

Ora, até os dias atuais, lamentavelmente, uma das pautas do movimento LGBTQI+ é a descriminalização e a despatologização da homossexualidade, que retrata a repressão histórica da diversidade sexual. O saber psiquiátrico “indica permanecer assentado em uma lógica (inquisitiva) pré-secularização e, exatamente por este motivo, acaba obedecendo a um código interpretativo moralizador que aproxima, senão funde e confunde, os conceitos de doença (natureza) e pecado (moral)” (CARVALHO, 2012, p. 196). Tanto é que os autores ajuizaram anteriormente demanda semelhante, fundamentada em citações bíblicas (VASSALLO, 2017), destituídas em praticamente todos os casos de uma hermenêutica bíblica honesta e que leva em conta a exegese dos textos, deturpando significados ou reproduzindo deturpações interpretativas apenas com o objetivo de condenar condutas ligadas à condição existencial LGBTQI+.

A proteção à saúde humana compreende um complexo de interesses físico, psicológico e até mesmo espiritual, causando o diálogo entre a bioética, educação secular e religiosa. Sob outro viés, não necessariamente conflitante, está a liberdade científica, abrangendo a pesquisa com biomaterial, bem como o direito à liberdade profissional de pesquisadores. Ocorre que, indiretamente, vêm como pauta os interesses que podem beneficiar com os esperados resultados das pesquisas.

Apesar de o Estado não poder obrigar a produção de certo e determinado resultado, uma vez que a liberdade científica não pode ser diretamente instrumentalizada, há consenso majoritário de que a liberdade científica, que é um direito fundamental, colide-se com outros direi-

tos fundamentais. Ora, da mesma forma que nem o legislador é livre para legislar conforme o livre arbítrio, já que encontra limites no direito, é inadequado pensar que o pesquisador pode livremente realizar pesquisas. Ademais, quanto à ciência, busca-se o reconhecimento por terceiros e a avaliação da “comunidade científica” (MARTINS; SCHLINK, 2014). Cabe ressaltar que esta mesma “*scientific community*” é majoritária ao afirmar, há décadas, a impossibilidade de reversão da orientação sexual. Além de inexistir consenso ou muito menos reconhecimento oficial no meio científico acerca do caráter patológico de muitas das identidades e práticas sexuais estigmatizadas, o desenvolvimento do direito da sexualidade em bases democráticas e atento aos direitos humanos não pode deixar-se dirigir exclusivamente por postulados médicos ou biológicos, cujo papel como instrumento de controle social e político tem sido há muito tempo desvelado. (RIOS, 2006)

Não obstante, percebe-se, nestas duas decisões judiciais, a problemática por vezes encontrada nas respostas judiciais com o emprego de conceitos juridicamente indeterminados: a arbitrariedade.

Mas fundamentar também evoca ideia de motivar, apresentar os motivos, as razões, as causas para a decisão. Entretanto, não é qualquer razão ou motivo. A fundamentação só se contenta com um firme lastro na ordem jurídica de onde a decisão provém. Não pode ser simplesmente um “eu quero” típico do discurso político, mas um “eu sei”, embora queira dizer, claro, um “eu quero”. A fundamentação, neste contexto, deve se manifestar como razão, embora evoque um ato de vontade, de escolha. Isso fica patente na obra de Hans Kelsen, que afirma ser o ato de aplicação um ato de vontade, permeado pela inteligência. (SILVA, B., 2015, p. 451)

É notório que demasiados magistrados acabam por se deixar levar

por fatores psicológicos que os influenciam na fundamentação, ainda que estes mecanismos psicológicos sejam irrelevantes, se considerada uma visão estritamente positivista dos fenômenos jurídicos.

Todas as peculiaridades do caso concreto – o caráter do juiz, a sua disposição, a sua filosofia de vida, e a sua condição física – são, é verdade, fatos essenciais para uma compreensão real dos encadeamentos causais. Mas eles não têm importância alguma para a estimativa das possibilidades quanto à decisão futura do juiz, na qual está interessada a jurisprudência sociológica. (KELSEN, 1998)

Em que pese haja decisões desfavoráveis à comunidade LGBTQI+, não se pode ignorar que no Poder Judiciário e no Ministério Público há maior concentração de atuações favoráveis.

Da mesma forma que foi ajuizada ação em Jundiá, com o intuito de suspender a apresentação da peça teatral, também foi demandado pedido, em Porto Alegre, com o mesmo objetivo. Diferentemente do que foi fundamentado em São Paulo, o magistrado do Rio Grande do Sul indeferiu a liminar, com a seguinte decisão:

A liberdade de expressão tem de ser garantida e não cerceada – pelo Judiciário. Censurar arte é censurar pensamento e censurar pensamento é impedir desenvolvimento humano. O crime e a imoralidade que fere têm de ser oprimidos pelo julgador. A liberdade preservada.

[...]

Se a ideia é de bom ou mal gosto, para mim ou para outra pessoa, pouco importa. Ao Juiz é vedado proibir que cada ser humano expresse sua fé ou a falta desta da maneira que melhor lhe aprouver. Não lhe compete essa censura.

[...]

Não, ao Juiz não compete censurar a fé ou sua ausência. A alegada questão da sexualidade de personagens, imaginada para o espetáculo, é absolutamente irrelevante. Transexual, heterossexual, homossexual, bissexual, constituem seres humanos idênticos na essên-

cia, não sendo minimamente sustentável a tese de que uma ou outra opção possa diminuir ou enobrecer quem quer que seja representado no teatro.

[...]

Não há falar em agressão à cultura ou a formação do caráter de quem quer que seja. No popular, diríamos, irá quem quiser ver. E, sem citar um único artigo de lei, vamos garantir a liberdade de expressão dos homens, das mulheres, da dramaturga transgênero e da travesti atriz, pelo mais simples e verdadeiro motivo: porque somos todos iguais. Je suis Charlie. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

Outro caso do ano de 2017 foi o indeferimento de notícia de fato pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, de homem que alegou sofrer “heterofobia”, uma vez que uma academia de dança de salão em Brasília abriu uma turma dedicada preferencialmente a casais LGBTQI+. O promotor entendeu que:

Assim sendo, no presente caso, houve discriminação positiva, vez que teve por finalidade selecionar pessoas que estavam em situação de desvantagem, favorecendo-as com uma medida que as tornem menos desiguais e melhorem sua qualidade de vida. Com efeito, não se vislumbra na conduta da requerida menosprezo ou desrespeito pelas pessoas heterossexuais, de modo que a intervenção do Ministério Público na hipótese somente implicaria prejuízos de ordem financeira à requerida e de ordem moral aos alunos interessados na aludida turma especial. (GARONCE, 2017)

Por fim, pode-se afirmar que no Brasil muito se tem feito, mais no Executivo que no Legislativo, mas pouco resultado se alcançou nos últimos anos em relação à diminuição de preconceitos e discriminações, embora haja programas que visam à igualdade fática. Percebe-se que a ausência de arcabouço jurídico federal explícito, que formule e implemente políticas públicas voltadas à garantia da cidadania da população LGBTQI+, ainda é uma adversidade, e a discriminação continua a ser uma escolha política e ideológica.

Ademais, ante a ineficácia ou ausência do Legislativo e Executivo, demasiadas demandas são destinadas ao Judiciário, cuja essência é o conhecimento dos anseios sociais, ainda que complexos. Assim como há decisões proferidas que ignoram a contemporaneidade ou se deixam levar pelo moralismo individual, há decisões positivas que refletem o verdadeiro Estado Democrático. As discussões sobre a criminalização da LGBTfobia no Supremo Tribunal Federal no ano de 2019 trazem à tona essa demanda e ressaltam a importância no combate a toda forma de discriminação.

Todos os três Poderes ainda têm muito a observar, quanto à necessidade de assegurar os direitos da lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, *queer*, *intersex* e todas outras pessoas que não se adequam aos padrões da heteronormatividade, a fim de tornar eficaz, de fato, os princípios constitucionais e os direitos humanos.

Considerações finais

Reconhecer, pois, a aplicabilidade da Teoria Tridimensional do Direito é necessário para discorrer sobre a importância das ações estatais quanto à proteção de direitos de identidade de gênero e orientação sexual, tendo em vista que são notórias as fatídicas inviabilizações, à população LGBTQI+, de direitos fundamentais (fato), conquanto esteja claro o entendimento de que a dignidade da pessoa humana cabe a todos (valor). Tanto no aspecto sociológico, quanto nos axiológico e normativo, garante-se a tutela de direitos sexuais demandados por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e outras maneiras de expressar a existência humana. Estamos diante da necessidade de harmonia entre fatos, valores e normas.

Embora os movimentos raciais, de gênero e sexuais tenham pau-

tas distintas, é visível a presença de pontos convergentes. Enquanto as discriminações racial e de gênero encontram obstáculos específicos no ordenamento jurídico brasileiro, a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual não tem o mesmo tratamento. O movimento racial e o movimento de gênero não apenas buscam reconhecimento emancipatório, mas também esclarecem que as iniciativas do Estado que visam tão somente a medidas repressivas, seja com a criação de leis criminalizadoras, ou com sanções administrativas, que são inócuas para o atendimento de princípios constitucionais, como a isonomia e a dignidade da pessoa humana, pois um dos poucos efeitos que apresentam é o caráter simbólico, reproduzindo estratégia política e ineficiência estatal.

Não obstante, é perceptível a interseccionalidade entre as três discriminações supracitadas, uma vez que a discriminação nem sempre ocorre de forma isolada, mas também carrega demasiados outros preconceitos. A título de exemplo, pode-se falar na mulher negra lésbica, que não sofre preconceito meramente pela orientação sexual, senão também por questões raciais e de gênero.

Arremata-se constatando que há um desenvolvimento na abordagem estatal quanto aos direitos sexuais, contudo até então se vive por dependência das escolhas ideológicas do poder público, seja no Legislativo, no Executivo ou Judiciário.

No Poder Legislativo, a lacuna de norma de interesse nacional não assegura proteção eficaz, pois proporciona um federalismo descentralizado, de maneira que cada ente federativo tende a reconhecer os direitos LGBTQI+ de forma distinta e regionalizada, causando insegurança jurídica. Ademais, como a União detém consideráveis competências para reconhecer eficazmente os direitos LGBTQI+, aos Estados e Municípios restam competências suplementares que pouco

ajudam na discussão contra a LGBTQI+fobia.

Por consequência da omissão do Poder Legislativo, o movimento LGBTQI+ tem voltado ao Poder Executivo, que, por meio de decretos, cria Comitês, Convenções, Planos de Educação e sanções administrativas, os quais também são de pouca eficácia para reconhecer os direitos LGBTQI+. Tal cenário é um pouco mais crítico, se considerada a história do tempo presente no Brasil. Destaca-se que, por serem atos normativos secundários, os decretos demandam pouca segurança, tendo em vista a possibilidade de revogação.

Apesar de ser constatada mutação jurisprudencial, identidade de gênero e orientação sexual continuam dependendo de fatores psicológicos do julgador. O Poder Judiciário é o Poder mais atuante, de forma positiva, para reconhecer os direitos sexuais. Todavia, a jurisdição por vezes apresenta imaturidade hermenêutica, inobserva as contemporâneas complexidades sociais brasileiras, bem como não traz clareza nas definições jurídicas.

Por isso, ações afirmativas devem ser um ponto de partida para efetivar o princípio da isonomia em relação ao movimento LGBTQI+, averiguando as semelhanças da luta pela emancipação dos movimento racial e de gênero e reconhecendo a interseccionalidade entre estas minorias, uma vez que as discriminações não ocorrem de forma isolada, senão sobrepostas. Percebe-se que as políticas públicas devem ser voltadas não apenas pela elaboração de medidas repressivas, mas, principalmente, por medidas promocionais de igualdade. Assim, o Estado deve reconhecer os direitos de identidade de gênero e orientação sexual, justificado nos princípios constitucionais e internacionais, e proteger contra a violência sofrida cotidianamente, deixando de fazer da discriminação uma escolha política.

Referências

ÁVILA, Ana Paula; RIOS, Roger Raupp. Mutações constitucionais e proibição de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, v. 65, 2016.

BAERE, Felipe de; ZANELLO, Valeska; ROMERO, Ana Carolina. Xingamentos entre homossexuais: transgressão da heteronormatividade ou replicação dos valores de gênero?. *Revista Bioética*, Brasília, v. 23, p. 623-633, 2015. Disponível em: revistabioetica.cfm.org.br. Acesso em: 10 mar. 2019.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 27 jan. 2019.

_____. *Lei n. 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 05 set. 2018.

CACENOTE, Ana Paula; MARTINS, Paulo Adroir Magalhães. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido... In: Encontro Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Florianópolis, Anais.... Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 10 mai. 2019.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 99, p. 187-212, 2012.

CRENSHAW, Kimberle. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. Disponível em: www.acaoeducativa.org.br. Acesso em: 10 mai. 2018.

FACCHINI, Regina. “Visibilidade é legitimidade? O movimento social e a promoção da cidadania LGBT no Brasil”. In: Conselho Federal de Psicologia. *Psicologia e diversidade sexual: desafios para uma sociedade de direitos*. Brasília: CFP, p. 179-197, 2011.

FOUCAULT, Michel. In: MOTTA, Manoel Barros da (Coord.). *Ética, sexualidade, política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

GARONCE, Luiza. Homem alega ‘heterofobia’ por academia do DF oferecer dança para casais LGBTI. G1 DF, 2017. Disponível em: g1.globo.com. Acesso em: 15 fev. 2019.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO –

2001: BRASÍLIA. As minorias e o direito. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, p. 95-132, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Punir para proteger direitos. Proteger os direitos dos que se pune. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 7, 2013.

GRUPO GAY DA BAHIA. Assassinato de LGBT no Brasil: Relatório 2015, [2015?]. Disponível em: pt.calameo.com. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. Assassinato de LGBT no Brasil: Relatório 2016, [2016?]. Disponível em: homofobiamata.files.wordpress.com. Acesso em: 27 ago. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2004.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de biossegurança e no direito comparado. São Paulo: Atlas, 2014.

MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a criminalização da homossexualidade. In: SEFFNER, Fernando; CAETANO, Marcio. (Org.). *Cenas latino-americanas da diversidade sexual e de gênero: práticas, pedagogias e políticas públicas*. 1. ed. Rio Grande: Editora da FURG, p. 861-876, 2015.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma análise da normalização. *Sociologias*, v. 21, p. 150-182, 2009.

ONU. Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância, de 8 agosto a 31 de setembro de 2001. Disponível em: direitoshumanos.gddc.pt. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Expectativa de vida de uma mulher trans não ultrapassa os 35 anos na América Latina, alerta ativista. ONUBR, 2017. Disponível em: nacoesunidas.org. Acesso em: 21 ago. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisas*, v. 35, p. 43-55, 2005.

_____; RIOS, Roger Raupp. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO – 2001: BRASÍLIA. *As minorias e o direito*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, p. 154-175, 2003.

_____; SILVA, Sandro Gorski. Diversidade sexual e o contexto global: desafios à plena implementação dos direitos humanos LGBTI. *Quaestio Iuris*, v. 8, p. 2613-2650, 2015.

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em: 05 set. 2018.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo 9038978-35.2017.8.21.0001. Ação de obrigação de não fazer c/c pedido de tutela de urgência. Julgador: Juiz José Antônio Coitinho. Porto Alegre, 19 set. 2017. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 out. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A proteção das minorias no direito brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO – 2001: BRASÍLIA. *As minorias e o direito*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, p. 60-84, 2003.

RUFINO, Andréa. Lesbofobia: violência e precarização da vida. In: DINIZ, Debora;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1016422-86.2017-8.26.0309.

Tutela Antecipada Antecedente – Liminar. Julgador: Luiz Antonio de Cam-

pos Júnior.

Jundiaí, 15 set. 2017. Disponível em: d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net. Acesso em: 15 out. 2017.

VASSALLO, Luiz. Psicóloga usou bíblia para defender reversão sexual. Estadão, 2017. Disponível em: politica.estadao.com.br. Acesso em: 15 fev. 2019.

Resumo:

É comum no Brasil ver direitos de pessoas LGBTQI+ serem ignorados de forma social e institucional. Apesar das iniciativas estatais voltadas à tutela LGBTQI+, é notória a ineficácia destas, uma vez que discursos de ódio e atos criminosos são frequentes. A partir do método socioanalítico e da abordagem dedutiva, o texto analisa como o poder público tem tratado deste aspecto no contexto de direitos sexuais. Ao dialogar com a Teoria Tridimensional do Direito, discute a LGBTQI+fobia, aborda convergências entre os movimentos racial, de gênero e sexual e analisa a atuação estatal face à disputa pelo reconhecimento da identidade de gênero e orientação sexual. Sustenta ao final que a mera lei penalizadora é insuficiente para efetivar direitos antidiscriminatórios e, assim, reflete sobre meios para tornar eficaz, de fato, princípios constitucionais e direitos humanos.

Palavras-chave: LGBTQI+fobia; Ação afirmativa; Teoria tridimensional do direito; Teoria da Interseccionalidade; Direito sexual.

Abstract:

It is common in Brazil to see the rights of LGBTQI + people to be ignored socially and institutionally. Despite the state initiatives aimed at LGBTQI+ tutelage, their ineffectiveness is notorious, since discourses of hatred and criminal acts are frequent. Using the socioanalytical method and the deductive approach, the text analyzes how the public power has dealt with this aspect in the context of sexual rights. In discussing the three-dimensional theory of law, it discusses the LGBTQI+phobia, addresses convergences between racial, gender and sexual movements and analyzes the state's action in the face of the dispute over the recognition of gender identity and sexual orientation. It maintains at the end that mere penalizing law is insufficient to enforce anti-discriminatory rights and thus reflects on ways to effectively make constitutional principles and human rights effective.

Keywords: LGBTQI+phobia; Affirmative action; Three-dimensional theory of law; Theory of Intersectionality; Sexual rights.

Recebido para publicação em 23/04/2019.

Aceito em 26/08/2019.