XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

CECILIA CABALLERO LOIS

SILVANA BELINE TAVARES

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois; Silvana Beline Tavares; Anderson Orestes Cavalcante Lobato– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-543-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

O Grupo temático Gênero, Sexualidade e Direito retoma mais uma vez uma proposta de discussão sobre temas de extrema relevância em relação aos direitos das mulheres e da população LGBTTTs (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros). Traz para o debate uma grande quantidade de trabalhos que analisam as questões de identidade e sexualidade e das orientações sexuais discriminadas. Perspectivas que tem tomado importantes espaços acadêmicos e de movimentos sociais se faz presente nas múltiplas temáticas desenvolvidas por autoras e autores nos trabalhos apresentados.

Cabe lembrar que estamos vivendo momentos de extremo retrocesso em relação às questões de gênero e das sexualidades, com caráter classista, racista e machista, tanto no âmbito público quanto privado. Propostas que buscam avançar em relação a igualdade de gênero relacionadas às questões do aborto, sexualidade e homossexualidade são impedidas no Congresso Nacional com segmentos moralistas e conservadores, que, desconsideram o número de mortes e todos os tipos de violência contra as mulheres e os LGBTTTs.

Parece-nos então, emergencial que este Grupo continue como um espaço de demarcação de denúncias das desigualdades de gênero no combate à disparidade e discriminação por uma sociedade em que, a democracia seja reconfigurada e produza relações nas quais mulheres na sua pluralidade e a população LGBTTTs tenham tratamento respeitoso e igualitário.

Boa leitura!

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL: UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA DIMENSÃO

FREE SEXUAL ORIENTATION: A FUNDAMENTAL FIRST-DIMENSIONAL RIGHT

Viviane Boacnin Yoneda Sponchiado [1]
Raquel Cristina Ferraroni Sanches [2]

Resumo

Dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, aborda-se o direito à liberdade em uma de suas facetas, qual seja, a liberdade de orientação sexual. A pesquisa se justifica pela importância de se proteger os direitos individuais do ser humano, principalmente, a orientação sexual, intimamente relacionada com a vida íntima e a dignidade da pessoa humana. Iniciar-se-á o trabalho com o estudo do direito à liberdade, conectando-o com o atual contexto brasileiro e com o norteador princípio da dignidade da pessoa humana, trabalhando conceitos filosóficos como 'pessoa' e 'liberdade'. Pauta-se pelo método dedutivo, utilizando-se de livros, artigos e jurisprudências para embasamento.

Palavras-chave: Liberdade, Orientação sexual, Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais, Afeto

Abstract/Resumen/Résumé

Among the first dimension fundamental rights, this article deals with the right to freedom in one of its facets, that is, the sexual orientation freedom. It is justified by the importance of protecting the individual human rights, especially sexual orientation, closely related to the intimate life and the human dignity. The work begins with the study of the right to freedom, connecting it with the current Brazilian context and with the guiding principle of the human dignity, working philosophical concepts such as 'person' and 'freedom'. Research is guided by the deductive method, using books, articles and jurisprudence for its basis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom, Sexual orientation, Dignity of the human people, Fundamental rights, Affection

---

[1] Mestranda pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Delegada de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo

[2] Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista. Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pró-reitora e Docente do Centro Universitário Eurípides de Marília

1 - Introdução

A presente pesquisa se utiliza do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de primeira dimensão para estudar o tema da livre orientação sexual.

Sabe-se que as pessoas que não vivem a heterossexualidade sofrem diversas formas de discriminação e, por serem consideradas minoria, acabam, muitas vezes, por esconder sua real orientação sexual para não serem vítimas de julgamentos morais e preconceito alheio.

Embora a sociedade tenha evoluído consideravelmente quando o assunto é relacionamento e, influenciada por bandeiras como o uso de anticoncepcional, o divórcio e o amor livre, as discriminações cometidas em razão da orientação sexual ainda são uma relevante causa de violação aos direito humanos (BRASIL, 2015). Frequentemente, os casos de discriminação se transmutam em cenas de violência e fazem com que alguns cidadãos sejam vítimas de crimes pelo simples fato de não se enquadrarem nos padrões ditados por uma parcela da sociedade. Justifica-se esse trabalho observando que a marginalização de qualquer grupo social é uma grave violação de direitos individuais, que fere não apenas a liberdade e a dignidade, mas também o preceito de que todos seriam iguais perante a lei.

Esse artigo pretende demonstrar, em seu desenvolvimento, que a livre orientação sexual é um direito de todos, naturalmente decorrente de um dos direitos de primeira dimensão: o direito à liberdade. Por esta razão, encontra-se no rol dos direitos fundamentais. Ainda, objetiva-se evidenciar que, ao negar-se o direito à livre orientação sexual, estar-se-ia a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república brasileira.

Observa-se que o ser humano, para exercer plenamente sua liberdade, precisa possuir a prerrogativa de se relacionar livremente, manifestando seu afeto de acordo com seu desejo. É inegável a importância de se proteger os direitos individuais do ser humano, principalmente, a orientação sexual, intimamente relacionada com a vida íntima e a dignidade da pessoa humana.

Tratando-se de direito de primeira dimensão, ou geração, a intervenção do Estado em questões envolvendo a orientação sexual de seus cidadãos seria uma interferência nas formas de afeto e de relacionamento, assuntos que não dizem respeito ao Estado, mas à esfera íntima do ser humano. Observa-se que as sociedades estão em constate evolução e o direito precisa moldar-se para acompanhar as transformações, adequando-se aos tempos modernos.

A pesquisa foi desenvolvida em três tópicos: o primeiro abordará o direito à liberdade propriamente dito. Inicia-se com o seu caráter histórico e sua consagração como

direito natural e inerente ao homem, para a seguir discorrer-se sobre o direito à liberdade no panorama nacional e seu enquadramento nos direitos fundamentais.

No segundo tópico são feitas considerações sobre a dignidade da pessoa humana e como este princípio se relaciona com os direitos individuais, seu caráter universal e sua característica de ferramenta na interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico. Aborda-se, ainda, a discriminação em razão de orientação sexual como uma das principais violações de direitos no país e, consequentemente, violação da dignidade da pessoa humana.

Por fim, discorre-se sobre como a livre orientação sexual é um direito do homem, estando intimamente relacionado ao direito à liberdade e às ramificações naturais deste último. Compreende-se que não é possível falar em liberdade plena se algum aspecto da vida civil estiver cerceado.

A pesquisa pauta-se pelo método de investigação dedutivo, utilizando-se de livros, artigos científicos, leis e jurisprudências para embasamento do trabalho. Também foram coletados dados em endereços eletrônicos contendo estatísticas oficiais do governo.

2 - Do Direito Fundamental à Liberdade

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

A Revolução Francesa foi um significativo marco histórico e simboliza o declínio do absolutismo como forma de governo. O crescente descontentamento do povo com seus monarcas, aliado aos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, fez com que a população francesa iniciasse profundas mudanças sociais. Em 1789, os revolucionários tomaram a Bastilha, símbolo de poder da época, e elaboraram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

O documento consagrou a existência de direitos universais, os quais, por sua natureza inerente ao ser humano, seriam exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi composta de um preâmbulo e de mais dezessete artigos.

A palavra liberdade, bandeira emblemática da época, aparece expressamente em três dos artigos da declaração (2º, 4º e 11º) e indiretamente em um deles, o inicial:

> Art.1º. Os homens nascem e são **livres** e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.
> Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a **liberdade**, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.
> Art. 4º. A **liberdade** consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
> Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta **liberdade** nos termos previstos na lei (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789). [grifo nosso]

O doutrinador Norberto Bobbio (2004, p. 40) cita Kant (1785) para explicar os acontecimentos da Revolução Francesa. Segundo ele, o povo tem o direito de escolher para si mesmo leis que acredite serem boas. Nesse contexto, Kant teria utilizado a palavra entusiasmo, definindo-a como "participação no bem com paixão". O direito à liberdade seria essa autonomia de escolher as próprias leis. Bobbio também acrescenta que a liberdade seria o principal direito, dentre os direitos naturais e, que caberia aos Estados garantir aos seus cidadãos a liberdade que eles precisam para alcançar a felicidade (2004, p. 41-42).

O direito à liberdade está inserido na categoria de direitos chamados de primeira dimensão, ou geração, querendo com isso dizer que fazem parte de um rol de abstenções por parte do Poder Estatal, o que garante a liberdade de seus indivíduos. Bobbio (2004, p. 09) defendeu o caráter histórico dos direitos fundamentais, explicando que eles surgiram e continuam a surgir de maneira gradativa. Para exemplificar suas ideias, dividiu tais direitos em categorias, chamadas gerações. Os direitos de primeira geração correspondem às liberdades do indivíduo. Os direitos de segunda geração exigem uma prestação por parte do Estado. E os direitos de terceira geração se mesclariam nas características dos dois primeiros, como o direito a um meio-ambiente saudável.

Diante da evolução natural da sociedade e do conhecimento, o doutrinador também apontou uma quarta geração de direitos, ainda em construção, que deveria abranger o patrimônio genético dos indivíduos.

O direito à liberdade, por se tratar de um direito de primeira geração (ou dimensão, conforme alguns doutrinadores), é conhecido como um direito negativo. Isto porque presume uma abstenção por parte do Estado, evitando arbitrariedades que possam tolher a liberdade

dos indivíduos.

Na atual Constituição Federal brasileira, os direitos individuais estão previstos no artigo 5º, que não alberga apenas a liberdade genérica, mas traz valores como: liberdade de pensamento, liberdade religiosa, liberdade intelectual, liberdade artística, liberdade científica e de comunicação, a intimidade, honra, vida privada e imagem, a inviolabilidade dos domicílios e das correspondências, liberdade de trabalho, liberdade de locomoção, liberdade de reunião, liberdade de associação, o direito à propriedade, à herança e a ampla defesa.

Por muito tempo, o direito à liberdade foi definido como sendo o direito de ir e vir. Hoje, percebe-se que tal direito, com o passar dos anos, assumiu outros contornos, que perpassam desde a livre locomoção até o trabalho e a intimidade das pessoas. O surgimento de novos desdobramentos é natural e, como não poderia deixar de ser, deve acompanhar a evolução da sociedade, caminhando com o ser humano em seu desenvolvimento e em suas necessidades.

É importante observar que o direito à liberdade pertence a um rol maior de direitos, chamados direitos fundamentais, por traduzirem as garantias asseguradas aos indivíduos. Os direitos fundamentais podem ser divididos em formais e materiais. Formais são aqueles que constam do texto expresso da Constituição Federal, como visto anteriormente. Materiais são os direitos não positivados, porém implícitos:

> A Constituição brasileira prevê a aplicação de ambos, sendo que os direitos fundamentais em sentido material estão previstos no art. 5º, §2º, o qual reza que os direitos fundamentais que não são previstos na CF não são excluídos por aqueles que estão expressos em seu texto (RUIZ, 2006, p. 139).

O parágrafo 2º, do artigo 5º, da atual Constituição Federal, contempla a ideia de evolução, posto que não restringe os direitos fundamentais àqueles já positivados, deixando em aberto a possibilidade de novos direitos e/ou desdobramentos dos direitos já existentes, desde que baseados em princípios adotados pelo ordenamento jurídico nacional ou tratados de direito internacional, dos quais o Brasil faça parte.

3 – Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Quando se fala em princípios e tratados de direito internacional, que influenciam o ordenamento jurídico brasileiro, impossível não citar o princípio da dignidade da pessoa humana. Como observado por Furlan (2009, p. 06), mesmo no passado as leis traziam

dispositivos de proteção às pessoas, no entanto, como nem todas as pessoas eram consideradas iguais (toma-se como exemplo os países que adotaram a escravidão), o alcance dos dispositivos com conteúdo protecionista restava limitado.

O direito e seus valores, em especial os valores intrínsecos aos seres humanos, passaram a ser repensados, principalmente, em decorrência das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. O princípio da dignidade da pessoa humana trouxe a ideia de um direito inerente ao ser humano, pautado pela liberdade e pelo respeito.

Ao mesmo tempo em que se mostra um direito bastante palpável, explicações detalhadas quanto ao conteúdo desse princípio não são encontradas em nenhuma lei. Acredita-se, com isso, que o princípio restaria protegido de ser aprisionado dentro de um conceito fixo, o que poderia limitar seus efeitos, caso as definições apresentadas diminuíssem o seu alcance ou limitassem a sua aplicação.

A verdade é que o princípio da dignidade da pessoa humana se autotraduz em qualquer parte e, mesmo sem estar acompanhado de definições e explicações longas, foi citado em diversos textos legais:

> O princípio da dignidade da pessoa humana mereceu destaque no âmbito do Direito Internacional. Consta na Carta das Nações Unidas (1945); na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); no Estatuto da Unesco (1945); na Convenção das Nações Unidas sobre Tortura (1984); na Convenção sobre o Direito das Crianças (1989) e, recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É, pois, tema de destaque no âmbito supranacional e no ordenamento jurídico dos diversos Estados contemporâneos (FURLAN, 2009, p.9).

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição Federal de 1988, sendo elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que significa que deve ser respeitado pelas demais normas jurídicas e utilizado como norte para ações por parte do Estado e dos cidadãos, bem como guia para as interpretações jurídicas.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> **III - a dignidade da pessoa humana;**
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988). [grifo nosso]

Isto indica que o direito à liberdade deve ser entendido e interpretado sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Pode-se falar, portanto, que o direito a liberdade se traduz, inclusive, em livre desenvolvimento da pessoa, isto é, a possibilidade do ser humano se autodeterminar de maneira livre e digna (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p.113).

> Nossa atual Constituição tem como núcleo axiológico a dignidade da pessoa; e esta é colocada ao lado de outros fundamentos compreendidos como valores primordiais que compõem a estrutura do Estado brasileiro – cláusula pétrea implícita.
>
> E essa positivação da dignidade da pessoa humana, como um dos valores primordiais da estrutura do Estado Democrático de Direito, faz com que ela deixe de ser um valor moral, para se converter em um valor tipicamente jurídico, revestido de caráter normativo, com eficácia jurídica e apto a suscitar importantes consequências dentro de todo o ordenamento jurídico (ABUJAMRA; RAMOS, 2009, p. 20).

Mesmo presente no texto constitucional, atualmente, muitas são as situações em que se verifica o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, como visto anteriormente, tanto o termo 'dignidade' como o termo 'pessoa' possuem descrições abrangentes, sendo difícil encontrar uma única descrição sintetizadora, sob pena de se reduzir em demasia e diminuir também os direitos a eles inerentes.

É, com certeza, mais simples a identificação de situações nas quais esteja ausente o princípio da dignidade da pessoa humana do que a definição exata do seu conceito. Cenários onde a dignidade da pessoa humana é violada são facilmente identificáveis pelas pessoas em geral. Violações à integridade das pessoas e a sua liberdade pessoal são comumente percebidas pelo senso comum.

A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos é uma ferramenta útil na quantificação de violações da dignidade humana no território brasileiro. Ligada à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a Ouvidoria disponibiliza um canal de comunicação com a população chamado Disque 100. Trata-se de um atendimento telefônico gratuito, que funciona diuturnamente, recolhe as denúncias formuladas pela

população e as encaminha para os órgãos competentes, responsáveis pelas apurações e intervenções necessárias.

> Entre fevereiro de 2011 e fevereiro de 2012, o Disque Direitos Humanos (100) registrou 111.837 denúncias de violações de direitos humanos, sendo 94.394 (84,4%) denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes, 9.935 (8,9%) de idosos, 3.764 (3,4%) de pessoas com deficiência, 1.488 (1,3%) denúncias de violações contra a população LGBT, 424 (0,4%) população em situação de rua e 1.834 (1,6%) relacionadas a Outros Grupos Sociais Vulneráveis (BRASIL, 2015).

No rol de violações que chegam a esse canal de denúncia, o número é significativo e aponta para as violações de direito cometidas contra a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros). As principais queixas são de condutas que impedem o pleno exercício da liberdade e da dignidade das vítimas, sobretudo, em razão de preconceito e discriminação.

O grande número de denúncias envolvendo o assunto e a pressão de alguns grupos para que o Estado legislasse sobre o tema, inclusive penalizando condutas discriminatórias, fez com que muitos projetos de lei fossem apresentados. No Estado de São Paulo, existe desde 2001, a Lei nº 10.948, que pune administrativamente as manifestações discriminatórias praticadas contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero:

> Artigo 4º - A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta lei será apurada em processo administrativo, que terá início mediante:
> I - reclamação do ofendido;
> II - ato ou ofício de autoridade competente;
> III - comunicado de organizações não-governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos (SÃO PAULO, 2001).

Embora a lei tenha uma abrangência apenas estadual e não institua nenhum tipo penal, o que não seria de sua alçada, ela já reflete em seu texto um amadurecimento da sociedade, a qual não mais se conforma com atos discriminatórios de qualquer natureza. No projeto que deu origem à lei, o Deputado Renato Simões faz referência à Lei Municipal nº 9.789 de 2000 de Juiz de Fora, Minas Gerais, que trouxe o mesmo assunto, demonstrando que a reflexão sobre o tema não se restringe ao Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2000).

4 – A Livre Orientação Sexual como Decorrente do Direito à Liberdade

Com o objetivo de discorrer sobre orientação sexual, faz-se necessário, primeiramente, esclarecer termos técnicos, usualmente utilizados de forma equivocada, como sexo e gênero.

O sexo biológico de uma pessoa é definido pelos cromossomos que ela possui em seu DNA (X, Y e combinações) e pelos órgãos genitais internos e externos. Além do masculino e do feminino, existem as pessoas intersexo, as quais apresentam ambos os órgãos genitais ou combinações cromossômicas diferentes de XX e XY. A identidade de gênero, por sua vez, é o sentimento da pessoa, a identificação dela própria com o feminino ou com o masculino, independente do seu sexo biológico. Já a orientação sexual tem relação com o afeto e a sexualidade, indicando por quem esta pessoa se sentirá atraída (ASSOCIAÇÃO ..., 2015).

Escolheu-se o termo orientação sexual, considerando que a expressão "opção sexual" apresenta certo conteúdo preconceituoso, o que a fez cair em desuso. O vocábulo 'opção' indicaria que as pessoas teriam a opção de escolherem por quem se sentem atraídas, negando a possibilidade de ser uma característica inerente:

> O uso da expressão orientação sexual emergiu da necessidade de se criar termos que legitimassem a homossexualidade nas lutas pelo reconhecimento e desencadeou uma forte negação ao emprego de uma pluralidade de palavras tais como: preferências, escolhas, eleições, opções, orientações, pois acreditam que essas referências desordenam e desestabilizam o que parece ser estabilidade, unidade, homogeneidade.
>
> A justificativa dessa rejeição pelas pessoas LGBTQIA[1] se deve ao temor de que pessoas homofóbicas possam usar o argumento de que se há a possibilidade de escolhas, porque não escolhem a heterossexualidade, tida como compulsória, verdadeira e natural (MAIO; OLIVEIRA JÚNIOR, 2013, p.8-9).

Mesmo que a orientação sexual fosse uma escolha pessoal, e não característica inerente a cada um, deveria ser respeitada como manifestação livre do indivíduo, assim

[1] Os autores utilizam, em vez de LGBT, o termo LGBTQIA, explicando tratar-se de uma sigla mais abrangente e de vanguarda. A letra 'Q' se refere a questionador ou queer (termo em inglês para bicha). A letra 'I' se refere aos intersexos e a letra 'A' se refere aos aliados e simpatizantes, bem como aos assexuados.

como as diferentes raças ou religiões. Qualquer posicionamento em contrário é proveniente, sem dúvida, de discriminação.

Discriminar é uma forma de distinção, marginalização. Existem discriminações positivas e negativas. As discriminações positivas estabelecem regras para o exercício de alguns direitos, como é o caso do direito de voto, proibido para os menores de dezesseis anos. Já as discriminações negativas excluem o direito de determinado indivíduo, tratando duas pessoas que se encontram em igualdade de condições, de maneiras diferentes, o que viola os direitos individuais do discriminado (GALLASSI, 2010, p. 11).

> Historicamente, as mais explícitas formas de discriminação e exclusão fundaram-se na cor, raça, origem, e credo religioso da pessoa ou grupo social. E no mais das vezes, a razão, motivo, fundamento era e é apenas a diferença em si, a aparência; é a não aceitação daquele em que não nos vemos, o qual é tido como inferior, abjeto e sujeito à exclusão.
> Desta forma, as constituições reafirmam que todos são iguais, e dentre os iguais se encontram as diferenças de cor, de raça, de origem e de credo religioso, vez que estas não são fundamentos lógicos a influir no tratamento isonômico e tampouco têm o condão de arranhar o princípio da dignidade da pessoa (ABUJAMRA & RAMOS, 2009, p. 23-24).

Infelizmente, nos dias atuais, muitas discriminações têm aumentado, não apenas em relação à diversidade sexual, mas também as intolerâncias decorrentes de cor, raça e religião, encontrando adeptos, inclusive, em praticantes de algumas religiões mais conservadoras.

Episódios de violência são frequentes na mídia, fazendo com que fossem criadas pelo país Delegacias de Polícia especializadas em delitos provenientes da intolerância. No Estado de São Paulo a unidade especializada foi criada em 2006, tem sede na capital e está vinculada ao Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa:

> Delegacia de Polícia de Repressão aos Crimes Raciais e Delitos de Intolerância, tem como atribuição, reprimir e analisar delitos de intolerância definidos por infrações originalmente motivadas pelo posicionamento intransigente e divergente de pessoa ou grupo em relação a outra pessoa ou grupo e caracterizados por convicções ideológicas, religiosas, raciais, culturais e étnicas, visando à exclusão social (preconceito) (DELEGACIA ..., 2015).

Se o direito à liberdade significa poder fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, pessoas com diferentes orientações sexuais não podem ser marginalizadas, sejam elas

minoria ou não. Toda pessoa é livre para se relacionar e constituir laços afetivos, caso o queira. Essa é a interpretação retirada dos textos legais, principalmente da Constituição Federal que, em seu artigo 3º, inciso IV, enumera como objetivo da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988).

Se o Estado passasse a definir ou padronizar quais relacionamentos são aceitáveis, estaria restringindo os direitos individuais de grande parcela da população e, ao proibir uma pessoa de se relacionar livremente ferir-se-á a sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua dignidade. Não é uma decisão que cabe ao Estado, e sim a cada ser humano em sua individualidade.

Autonomia é traçar sua própria história pela somatória de escolhas que é a vida. Dentre elas, as escolhas afetivas. O livre arbítrio está nas escolhas diárias e é por meio delas que o ser humano se constrói (MENEZES; OLIVEIRA, 2009, p.116-117).

Bastante exemplificativo foi o voto da Ministra Nancy Andrigui, no Recurso Especial 1.008.398/SP, em 18/11/2009. O recorrente Clauderson de Paula Viana solicitava a alteração do seu registro civil, passando a usar o prenome de Patrícia, bem como a alteração do designativo do sexo, de masculino para feminino.

O pedido se justificava no fato de Clauderson ser transexual e ter realizado a cirurgia de mudança de sexo. O recurso foi conhecido e provido por unanimidade. Em seu voto, a Ministra abordou os conteúdos expostos nesta pesquisa, fazendo referência à liberdade e à dignidade da pessoa humana:

> Sobretudo, assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna (BRASIL, 2009, p. 16-17).

No caso citado, para ter garantido o seu direito à liberdade, à autodeterminação e à livre orientação sexual, o recorrente precisou se socorrer do Poder Judiciário. Enquanto a

lei não acompanhar as transformações da sociedade e fixar critérios claros para situações como esta, restará ao Judiciário a solução dos conflitos:

> Embora a sociedade possa até não aceitar as opções sexuais individuais, o que é errado, o Poder Judiciário não pode admitir que qualquer forma de discriminação, preconceito ou intolerância, retire dessas pessoas os direitos e garantias previstos na Constituição Federal a todos os cidadãos. Se a justiça virar as costas para essa minoria que opta por uma escolha sexual diversa dos padrões morais a que a sociedade está acostumada, com certeza estaremos longe de um Estado Democrático de Direito, pois é nela que essa classe excluída busca seu abrigo e refúgio contra a prepotência dos cidadãos que não aceitam as diferenças individuais e impedem sua inclusão social (GALLASSI, 2010, p. 11).

E mesmo que ocorra a elaboração de novas leis pacificando as discussões sobre o tema, nenhuma norma a ser editada poderá ir de encontro aos direitos fundamentais já estabelecidos e ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora o tema da diversidade sexual suscite as mais diversas opiniões, convém lembrar os ensinamentos do positivismo ético, segundo o qual o direito não deve depender de critérios morais:

> A sustentação dessa tese se baseia no seguinte argumento: existe razoável desacordo sobre quais são os comportamentos moralmente corretos; então, em respeito à autonomia dos indivíduos, as regras jurídicas devem se imiscuir o mínimo possível nesse terreno incerto, pois, de outra forma, a incerteza a respeito das obrigações dos governantes e dos cidadãos poderia minar as bases da liberdade individual. O positivismo ético pressupõe que uma das funções precípuas do direito é o estabelecimento de regras de conduta claras e precisas, a fim de facilitar o planejamento e a execução dos planos individuais de vida. Assim, guarda íntima relação com o ideal liberal de autonomia individual (TAVARES, 2008, p. 405).

Retornando ao início da pesquisa, relembra-se o primeiro tópico, no qual abordou-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e recorda-se que foi trazido em seu preâmbulo a previsão da *felicidade geral*. Com confiança pode-se afirmar que o caminho para a felicidade passa pelo respeito às liberdades individuais, só assim as pessoas poderão se autodeterminar e viver com dignidade.

5 – Considerações finais

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada pelo povo francês, traduzia o direito à liberdade em limitações ao Estado, para que todos os homens fossem iguais e pudessem agir livremente. O contexto histórico era de ruptura com as monarquias absolutistas e a demanda geral era por liberdade. Assim, sedimentou-se ser permitido fazer tudo o que a lei não proibisse.

Em consonância com o ideal de liberdade do iluminismo, o ensinamento do jurista Norberto Bobbio explica que o Estado deveria se refrear para que todos os seus cidadãos atingissem a felicidade. É a própria definição dos direitos de primeira dimensão, cujo gozo por parte dos cidadãos depende de uma prestação negativa por parte do Estado, o qual deve se abster de interferências. Também, segundo o doutrinador, os direitos deveriam evoluir junto com a sociedade e as necessidades contemporâneas.

Nesse sentido, muito evoluiu o direito à liberdade, que deixou de significar apenas a prerrogativa de ir e vir para abranger uma série de ramificações como a liberdade religiosa, a honra, a vida privada, a intimidade, a liberdade de trabalho, dentre outros. É necessário, inclusive, incluir neste rol a liberdade de orientação sexual.

Como explicado, tal acréscimo é constitucionalmente permitido, visto que o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Carta Magna, admite outros direitos fundamentais, não se restringindo apenas aos previstos expressamente no texto legal.

Para a cabal inclusão do direito à livre orientação sexual ao rol de direitos protegidos por lei, a análise restaria, portanto, ao fato de ser este um direito fundamental ou não. E a resposta a tal questionamento é certamente positiva.

Durante esta pesquisa, observou-se que o direito à livre orientação sexual, além de decorrer naturalmente do direito à liberdade, principalmente quando encarado como livre manifestação dos indivíduos em busca de sua felicidade, também está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado com valores como respeito e autodeterminação. A dignidade contempla valores intrínsecos aos seres humanos, significa considerar a individualidade e o desenvolvimento de cada um. O Brasil adota o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Isso significa que, ao considerar se a livre orientação sexual está abrangida pelo direito à liberdade, deve-se interpretar este último à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que proibir as pessoas de se relacionarem livremente seria uma grande

violação de direitos individuais. Na verdade, seria o Estado interferindo em questões personalíssimas, como a intimidade e a afetividade.

Além disso, padronizar uma única forma de relacionamento marginalizaria uma parcela significativa da população, sujeitando-a à discriminação e a outras formas de violação da dignidade.

Pelos motivos expostos, conclui-se que a livre orientação sexual deve ser considerada como um dos direitos de primeira dimensão, diretamente decorrente do direito à liberdade, preservando-se a livre manifestação das pessoas em mais este sentido. Quanto ao Estado, deve abster-se de interferir nos direitos individuais do seu povo, sendo responsável por garantir a liberdade e promover a tolerância.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. A Efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio da Igualdade, na História da Mulher – Inclusão Social? In: PICCIRILO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Inclusão Social e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Boreal Editora, 2009. p. 16-33.

ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEJAMENTO DA FAMÍLIA. **Identidade e Orientação Sexual.** Disponível em <http://www.apf.pt/sexualidade/identidade-e-orientacao-sexual>. Acesso em 15 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, 5 out. 1988.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Combate às Violações.** Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/dados-estatisticos/violencia-sexual>. Acesso em 15 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial 1.008.398/SP.** Relatora: ANDRIGHI. Publicado no DJe de 18/11/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1008398&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Nancy>. Acesso em 15 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 15 nov. 2015.

DELEGACIA DE POLÍCIA DE REPRESSÃO AOS CRIMES RACIAIS E DELITOS DE INTOLERÂNCIA (DECRADI). Polícia Civil do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?rascunhoNoticia=0&collectionId=358412565221001826&contentId=UCM_015005&_afrLoop=11132060300841565&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null#!%40%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221001826%26_afrLoop%3D11132060300841565%26contentId%3DUCM_015005%26rascunhoNoticia%3D0%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D5l7wefxkq_4>. Acesso em 27 jun. 2017.

FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da Pessoa Humana. In: PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Inclusão Social e Direitos Fundamentais.** São

Paulo: Boreal Editora, 2009. p. 1-15.

GALLASSI, Almir. O Preconceito, a Discriminação e a Intolerância, os Obstáculos para a Inclusão Social nas Opções Sexuais. In: ANSELMO, José Roberto; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social.** São Paulo: Boreal Editora, 2010. p. 1-21.

MAIO, Eliane Rose; OLIVEIRA JÚNIOR, Isaias Batista de. Opção ou Orientação Sexual [Onde Reside a Homossexualidade?] ***Anais*** Simpósio Internacional de Educação Sexual, 2013. Disponível em <http://www.sies.uem.br/anais/pdf/diversidade_sexual/3-02.pdf>. Acesso em 15 nov. 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. **[Revista Novos Estudos Jurídicos]**, v. 14, n. 2. 2009. p. 105-125. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1770/1410>. Acesso em 15 nov. 2015.

RUIZ, Thiago. O Direito à Liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. In: **[Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.]** v.1. n.2. 2006. p. 137-150. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572/10268>. Acesso em 15 nov. 2015.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.948, de 5 de Novembro de 2011.** Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 6 nov. 2001.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 667/2000.** Autoria Renato Simões. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=89775>. Acesso em 27 jun. 2017.

TAVARES, Rodrigo. Neopositivismos: Novas Ideias sobre uma Antiga Tese. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do Direito Neoconstitucional.** Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 393-407.