

Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero

ALEXANDRE GUSTAVO M. FRANCO DE MORAES BAHIA

Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor Adjunto (UFOP/IBMEC-BH). Coordenador do Mestrado em Direito *Novos Direitos, Novos Sujeitos* (UFOP). Bolsista de Produtividade (CNPq).

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 PLC 122/06 e o aparente conflito com a liberdade de expressão religiosa • 3 Direito Internacional dos Direitos Humanos e emergência de discursos de intolerância • 4 O Direito consegue absorver demandas por diversidade? • 5 Conclusão • 6 Referências.

RESUMO: Este artigo discorre sobre um dos maiores desafios para o Direito ocidental no século XXI, que está em transformar os discursos da diversidade e do reconhecimento em ferramentas capazes de alterar a estrutura básica sobre a qual ele foi construído. Para isso é necessário reconhecer os limites do discurso universalista. No texto busca-se mostrar o problema a partir da (in)capacidade do Direito em expressar a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero: há grande dificuldade em se separar, por exemplo, discursos de ódio de livre expressão, e toda a mecânica de funcionamento do Direito que se dá a partir de esquemas binários. Criar novas diferenças também não resolve o problema porque sempre se é excludente de outras formas, sendo necessário, pois, uma reconstrução do sistema desde os fundamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Diversidade • Direito Ocidental • Orientação Sexual e Identidade de Gênero • Liberdade de Expressão.

On the Law's (in)ability to deal with the grammar of gender diversity

CONTENTS: *1 Introduction • 2 PLC 122/06 and the seeming conflict with the religious freedom of expression • 3 Human Rights International Law and the emergence of intolerance speeches • 4 Does the Right absorb the diversity demands? • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: This article talks about one of the biggest challenges for Western Law in the twenty-first century, which is to transform the discourse of diversity and recognition into tools able to change the basic structure on which it was built. To do it, it's necessary to recognize the limits of the universalist discourse. The text aims to show the problem based on the (in)ability of the Law to express the diversity of sexual orientations and gender identities: there is great difficulty in separating, for example, freedom of expression and hate speech; besides that, all the mechanics of operation of the Law takes place from binary schemes. Creating new differences also does not solve the problem because it is always excluding other differences; it is necessary, therefore, to reconstruct the system from the fundamentals.

KEYWORDS: Diversity • Western Law • Sexual Orientation and Gender Identity • Freedom of Expression.

Sobre la (In)capacidad del Derecho para hacer frente a la gramática de la diversidad de género

RESUMEN: *1 Introducción • 2 PLC 122/06 y el aparente conflicto con la libertad de expresión religiosa • 3 Derecho Internacional de los Humanos y la emergencia de discursos de intolerancia • 4 La ley puede absorber demandas de la diversidad? • 5 Conclusión • 6 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo aborda uno de los mayores retos para el Derecho Occidental en el siglo XXI es el de transformar el discurso de la diversidad y del reconocimiento en instrumentos capaces de cambiar la estructura básica de herramientas en los que fue construida. Para ello tenemos que reconocer los límites del discurso universalista. El texto busca mostrar el problema de la (in)capacidad del Derecho de expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género: es muy difícil de separar, por ejemplo, el discurso de odio de la libertad de expresión y toda la operación mecánica del Derecho se produce por esquemas binarios. Crear nuevas diferencias tampoco resuelve porque siempre es excluyente de otras formas; es necesario, por lo tanto, la reconstrucción del sistema desde los cimientos.

PALABRAS CLAVE: Diversidad • Derecho Occidental • Orientación Sexual e Identidad de Género • Libertad de Expresión.

1 Introdução

O Direito reconstruído após a 2ª Guerra Mundial procura dar respostas à crise e à insuficiência de legitimidade face às graves violações de Direitos Humanos havidas no período e que puderam contar com o uso de normas e instituições para obter, facilitar, ou, ao menos, não impedir seu sucesso. É importante lembrar que os horrores do nazi-fascismo (e/ou do stalinismo/maoísmo e outras ditaduras do século XX) ocorreram após décadas de consolidação das grandes revoluções liberais – a Gloriosa, da Inglaterra (1688), a estadunidense (1776), a francesa (1789) e a haitiana (1791)¹ – que inspiraram todo o mundo Ocidental com as máximas iluministas de igualdade, liberdade, individualidade e império da razão. Ressalta-se que o processo de racionalização do Direito que ocorre na modernidade ocidental é um processo de construção de um sistema que se pretende racional e autônomo face a outros sistemas sociais como a religião, a moral, a ética, a economia, etc. Como sistema autônomo, o Direito se produz a partir de um código próprio (SIMIONI, BAHIA, 2009, p. 61-88) e reconhece a existência de indivíduos, isto é, que cada pessoa é um ser único, dotado de razão, e, por isso mesmo, titular inato de liberdade, igualdade e propriedade, como direitos inalienáveis, conforme disposto em textos como os da Declaração de Virgínia ou a francesa.

Em virtude disso, as Constituições que surgiram no período trouxeram para dentro do Direito os conteúdos filosóficos iluministas e consolidaram os chamados direitos individuais e políticos. Ainda assim, o paradigma liberal do Direito (BAHIA, 2004, p. 301-357) é cego a alguns problemas: apesar de afirmar a liberdade de todos, persistiu a escravidão, durante longo período, mesmo nos Estados Unidos da América – EUA com a Declaração de Virgínia; apesar de se afirmar a igualdade, nem todos votam – e menos ainda podem ser votados; apesar de falar em propriedade, a maioria apenas é proprietária apenas do próprio corpo. Ao contrário de emancipação e libertação face aos grilhões do Estado absolutista e às trevas medievais, o que se viu foi um período de grande exploração, no qual o Direito serviu de chancela, afinal, Códigos Civis garantiam o contrato, entidade semi-sacra, que estabelecia que

1 “A *revolução negra* é persistentemente esquecida pelas razões, que, inclusive, pretende-se discutir no presente artigo: trata-se de uma revolução que se poderia considerar tão herdeira dos ideais iluministas quanto qualquer uma das outras. As afirmações sobre igualdade e liberdade *desde o nascimento* em decorrência da razão mostraram o caminho para a revolta e a criação da primeira nação livre da América Latina e a única liderada por negros”. (GARAY MONTAÑEZ 2014, p. 279-310, grifos nossos).

os arranjos eram *leis* para as partes. Daí que não importava se um trabalhador era explorado por mais de 15 horas de trabalho diário e recebia um salário miserável: tudo isso era garantido legalmente e qualquer juiz diria o mesmo se provocado.

Ressalta-se que o Direito liberal construiu uma igualdade apenas formal – ou seja, isonomia. No fim do século XIX e início do século XX, as críticas fizeram com que houvesse reformulações nos papéis do Estado e do Direito. O Estado de bem-estar social foi construído a partir das experiências da Constituição do México (MÉXICO, 1917) e da Alemanha (ALEMANHA, 1919). Há um progressivo processo de universalização dos direitos de votar e ser votado e de materialização dos direitos individuais. À isonomia – na qual o Estado é cego às diferenças – soma-se a equidade (igualdade material), isto é, o Estado *enxerga* que há diferenças sociais e econômicas entre os cidadãos e age para acabar com elas ou minimizá-las. Se, de um lado, esse Estado Social foi (e é) responsável por ter criado amplos sistemas de educação, saúde e previdência, de proteção do trabalhador, por outro, também sofre críticas. Não se pode se alongar sobre as críticas ao *Estado-Providência*, senão por um aspecto. Sua proposta igualitária cria alguns problemas ao tentar solucionar o grave problema da desigualdade deixada pelo Estado-absenteísta: o excesso de tecnicismo que corrói os ideais democráticos em que o Direito está assentado na modernidade, segundo os quais só é válida a norma que se assente como coautor (HABERMAS, 1998, p. 172). Ao contrário disso, entendia-se (entende-se) que determinadas questões deveriam ser retiradas do debate público, uma vez que seriam questões excessivamente técnicas. Medidas de *proteção* do mercado da mulher, por exemplo, deveriam ser tomadas com base em *experts*, prescindindo da participação dos afetados na definição das políticas. Isso fica muito claro quando se discute o quanto de participação se deveria permitir na discussão de leis como orçamentos anuais, planejamentos públicos de médio/longo prazo, taxas de juros, medidas de proteção do mercado interno com o uso de aumentos de tributos, etc.

Para além de críticas pontuais ao Estado de bem-estar, o que tanto ele quanto o Estado liberal mostram são as faces uniformizadora e redutora de complexidade típicas da modernidade ocidental. O racionalismo iluminista cria *normalidades* a partir de escolhas de quais comportamentos são desejáveis visando certos objetivos. Não havia nada de neutro na proteção que o Estado dava (dá) à propriedade, criando um aparato de repressão e de criminalização de ações contra o patrimônio que rivalizam em importância com a proteção à vida. De igual modo, a criminalização

da *vadiagem* (art. 59) (BRASIL, 1941)² nada tem de imparcial e serve somente a uma lógica produtivista/consumista. Sob o manto de neutralidade e pureza do Direito, o positivismo jurídico contribuiu/justificou a manutenção de injustiças sociais, racismo, extermínio de minorias étnicas e a perseguição e criminalização daquelas pessoas que se *desviavam* de um certo padrão estabelecido quanto à sexualidade e ao gênero. O mesmo sistema de normas penais, que criminaliza a vadiagem discriminava a mulher que não fosse *honestas*, quando vítima de abusos sexuais, e ainda criminaliza a mulher que faz aborto. O mesmo sistema de normas civis, que exalta a liberdade de contratação e a autonomia dos sujeitos, proibia mulheres casadas de comerciar sem consentimento do marido, colocava-as em condição de sub-capacidade civil ao se casarem e dava ao marido o direito de anular o casamento em 10 dias se a esposa não fosse virgem; esse mesmo sistema civil da igualdade punia os filhos havidos fora do casamento com designações específicas em seus registros de nascimento (filhos *espúrios*, *concupinários* e *adulterinos* eram algumas das designações) e não lhes dava direito à herança a menos que tivessem reconhecimento do pai. Leis do início do século XX e da ditadura Vargas proibiam a entrada de negros no País a fim de preservar a identidade *européia*³.

No que tange à diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, países centrais para o Direito e a filosofia moderno-ocidentais foram também alguns nos quais o aparato penal foi utilizado para reprimir qualquer manifestação *desviante* de um certo padrão estabelecido. O Reino Unido punia a homossexualidade condenando indivíduos à prisão e/ou castração química até 1967; na Alemanha a homossexualidade foi crime até 1994; nos EUA alguns

2 Sobre a história de aplicação e os abusos dessa norma vale a pena ler reportagem de Gustavo Villela (2014, grifos do autor): “no passado, a lei da vadiagem foi usada pela polícia como pretexto para prender suspeitos de crimes, principalmente pobres, negros e pessoas sem emprego, muitos dos quais inocentes. Às vezes a pessoa era detida pelo simples fato de não ter prova imediata de trabalho ou por não estar com um documento no bolso. Misturada a criminosos comuns no xadrez de delegacias, estava sujeita a humilhações e ficava com a *ficha suja* na polícia. [...] A pessoa classificada como *vadia* poderia ser levada à prisão simples, com pena de 15 dias até três meses. [...] Até os anos 70, era comum a prisão por vadiagem estar ligada à falta de documentos. Policiais que faziam a ronda diária pelas ruas do Rio de Janeiro, por exemplo, levavam de camburão as pessoas *flagradas* sem documentos para a autuação nas delegacias. Lá eram enquadradas por infração ao artigo 59 da Lei de Contravenções Penais”.

3 “Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1945) (Decreto-Lei nº 7.967 de 1945, que apenas foi revogado com a aprovação do atual Estatuto do Estrangeiro de 1980).

estados também criminalizavam a *sodomia* até 2003, e foi necessária a intervenção da Suprema Corte para dar fim a essa situação. A punição a qualquer forma de exteriorização de identidade de gênero ou de orientação sexual que fosse diversa do padrão estabelecido foi feita primeiro pela religião/moral e, com a modernidade, transportado para os discursos médico-psiquiátrico e jurídico. De pecado e imoralidade passaram a ser tratados pelos Estados-nação ocidentais como doenças psiquiátricas e/ou crimes. Então, o Direito racional, moderno, ocidental e europeu é também misógino, racista e homotransfóbico, como se pretende detalhar ao longo do texto. Esse Direito tem grande dificuldade em lidar com as *diferenças*, ou as relega à ilegalidade, ao crime e ao desvio ou, quando pressionado à inclusão, tem, geralmente, apenas incluída mais uma categoria à listagem de normalidades: incluiu – ainda que com problemas de maior ou menor grau e com variações nos vários países –, por exemplo, mulheres como eleitoras, negros como cidadãos e casamentos entre pessoas do mesmo sexo com um tipo aceito de casamento.

No entanto, o Direito não se abre à possibilidade da diversidade. Ele foi construído a partir do estabelecimento de *normalidades*, de linearidades, isto é, de *caixas* dentro das quais pessoas e identidades deveriam caber. Como dito, quem não cabia ou era excluído (criminalizado e/ou tachado de doente) ou deveria se adaptar. Há um avanço grande quando se percebe que após a 2ª Guerra Mundial o surgimento de sistemas internacionais de Direitos Humanos cria uma ordem jurídica internacional. O Direito é então forçado a *criar novas caixas*, que se somam às existentes. O grande desafio, no entanto, é que os discursos do *reconhecimento* e da *diversidade* mostram que a luta pela inclusão de novos direitos e de novos sujeitos é uma constante da democracia como *à venir*⁴. No entanto se mostra hoje insuficiente a gramática do Direito para lidar com tais pretensões apenas criando novas *caixas*. Toda luta por inclusão sempre deixará alguém excluído. Em vez de apenas se *criarem novas normalidades*, é chegado o tempo de o Direito se reinventar para além dessa lógica moderna-iluminista.

No presente artigo, a partir de uma metodologia analítica de dados colhidos em doutrina, jurisprudência e legislação, pretende-se explorar as questões supramencionadas e problematizar se o Direito, tal qual se conhece, é capaz de superar binarismos tipicamente modernos (como excluídos e incluídos) para se mostrar mais adaptável ao reconhecimento da condição de diversidade da

4 Sobre a ideia de novos direitos, novos sujeitos, cf. Bahia (2014, p. 73-98). Sobre a tese da democracia como *à venir*, cf. Mouffe (1994).

experiência humana, notadamente no campo da sexualidade e do gênero. O texto parte no Capítulo 2 do aparente conflito entre liberdade de expressão religiosa e a tentativa de criação de uma lei que combata a homotransfobia, debate que mostra os limites do Direito moderno em lidar com questões novas, ainda mais em um cenário legislativo como o brasileiro com forte expressão de grupos religiosos; em seguida no Capítulo 3, é destacada a emergência de uma Ordem Jurídica Internacional dos Direitos Humanos, cujo discurso universalista pretende dar soluções homogêneas, mas que, igualmente, apenas revela a face europeia e ocidental do Direito moderno, que possui grande dificuldade de lidar com o *diverso*, uma vez que sempre parte de regularidades e, pois, também o discurso universalista dos Direitos Humanos possui sérios problemas. No Capítulo 4 se busca mostrar esses problemas do Direito moderno, ocidental e europeu, particularmente sua tendência em tratar todas as dimensões a partir da escolha de normalidades e binarismos, relegando o *diferente* à condição de ilícito ou de doença/incapacidade. A história do Direito ocidental moderno, tem sido a da inclusão gerando exclusão e a dificuldade de pensar para além de *caixas conceituais* com as quais tenta aprisionar a *realidade*. No entanto, a experiência humana é muito mais rica do que se pode conter; particularmente, a experiência da sexualidade e do gênero, por anos aprisionada em um/alguns modelos (relegando os demais ao crime ou à doença) mostra o grande desafio para o Direito nesse século que é o de enfrentar seriamente (e não apenas no nível do discurso oficial) o problema da diversidade, buscando se reinventar para pensar categorias jurídicas que superem concepções binárias e excludentes.

2 PLC 122/06 e o aparente conflito com a liberdade de expressão religiosa

No Brasil, a Constituição de 1988 representa um marco para a superação de uma série de exclusões e discriminações históricas albergadas pelo Direito. Questões relativas à situação da mulher, dos filhos em uniões diversas do casamento, do negro e do índio, etc. foram tratadas ali de forma especial e colocaram o Brasil em consonância com o sistema internacional dos Direitos Humanos. Nos debates da constituinte, tentou-se incluir, no que seria o inciso IV do art. 3º, que traz uma norma geral contra a discriminação por origem, raça, sexo, cor, idade e a discriminação por orientação sexual. No entanto, por pressão de constituintes religiosos, a proposta foi retirada; vale ressaltar que o relator do substitutivo menciona que a vedação de discriminação por sexo já inclui a orientação sexual e, de qualquer forma, que

o inciso traz fórmula genérica e *quaisquer outras formas de discriminação*⁵. Assim, apesar de não mencionados expressamente, nem por isso a Constituição de 1988 não protege aqueles que possuem identidade de gênero ou orientação sexual diversa daquela estabelecida como *normal*. Não bastasse o que já foi apontado, lembra-se que o §2º do art. 5º deixa claro que a Constituição (BRASIL, 1988) não é uma norma fechada, mas está, ao revés, sempre aberta à inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de Direito. A aparente *omissão constitucional* não pode sustentar qualquer discurso de discriminação contra a minoria LGBTI⁶. De forma que, por exemplo, o fato de a Constituição falar expressamente em união estável entre homem e mulher jamais pode ser tomado como uma norma que exclua a possibilidade de que uniões estáveis também sejam reconhecidas entre pessoas do mesmo sexo – como, afinal, decidiu o STF na ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Dizer o contrário disso⁷ seria empobrecer o papel da Constituição: ela não serve para ditar senão o mínimo dos direitos fundamentais, consoante o já lembrado §2º do art. 5º.

Estabelecida essa premissa, é necessário chamar a atenção sobre a necessidade de o Estado brasileiro punir o discurso de ódio – travestido de liberdade de expressão – dirigido contra a minoria LGBTI. A questão se coloca, de um lado, em razão de o Brasil possuir índices alarmantes de violência contra aquela minoria – não havendo nenhum meio específico de combate a ela – e algo que aparentemente se colocaria em conflito: a liberdade de expressão daquelas pessoas e grupos que pretendem o *direito de discriminar*. A Constituição de 1988 contém um mandado ao legislador para que crie normas que punam “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) (BRASIL, 1988), como as violações às integridades físicas e morais dos cidadãos. Nesse sentido a lei do racismo, a lei Maria da Penha e a lei do feminicídio, por exemplo, visam tratar de violências (físicas e morais) específicas, que têm características específicas e, por isso, mereceram tratamento especial do Estado.

Em países como os EUA, o Judiciário praticamente não concebe limitações a discursos de natureza preconceituosa ou até mesmo neonazista. Contudo, essa não é a regra em outras democracias (SARMENTO, 2016): há uma tentativa de se estabelecerem limites ao livre discurso quando a manifestação possui caráter discriminatório por questões de raça, etnia, origem nacional, sexo, orientação sexual

5 Sobre os debates na constituinte tratando do tema, cf. Bahia (2010, p. 89-115).

6 LGBTI: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

7 Cf. Streck; Lima (2011); como contraponto, cf. Cattoni de Oliveira (2013, p. 443-445).

ou identidade de gênero⁸. Saber, contudo, qual é o limite entre uma e outra coisa é um grande desafio. No Brasil, pune-se a ofensa à honra feita por manifestações que possam ser tipificadas como injúria, calúnia ou difamação – art. 138 e seguintes do Código Penal – CP (BRASIL, 1940). Há até uma versão *qualificada* da injúria quando feita com a “utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (art. 140, §3º – CP) (BRASIL, 1940). Para além disso, a *lei do racismo* ampliou a discussão, ao dispor:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

[...]

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

[...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (BRASIL, 1989).

Ainda que a aplicação efetiva da *lei de racismo* (BRASIL, 1989) seja muito difícil no Brasil – entre outras razões, pela própria inclusão daquela forma de injúria qualificada acima mencionada, o que faz com que uma boa parte das práticas racistas não sejam tipificadas na lei geral, mas na norma específica (da injúria) –, houve várias tentativas de se incluir na referida lei a vedação à homotransfobia.

8 “*Freedom of religion isn’t reason enough to deny any American their constitutional rights*”, ou seja, “liberdade religiosa não é razão suficiente para negar a qualquer americano seus direitos constitucionais”. E, continua a matéria do Daily Mail (2015, tradução nossa), para o Presidente, “*while Americans hold dear the constitutional right to practice their religion free from government interference, he said that right can’t be used to deny constitutional rights to others*”, ou seja, “considerando que os americanos prezam pelo direito constitucional de praticar a religião isentos da interferência do governo, tal direito não pode ser usado para negar os direitos constitucionais aos demais”.

A mais conhecida dessas tentativas foi o PLC 122 (BRASIL, 2006), que começou sua tramitação na Câmara dos Deputados em 2001 e permaneceu em discussão no Congresso Nacional até ser arquivado em dezembro de 2014 por falta de movimentação. Durante o período em que esteve no Congresso, foi alvo de intensa campanha contrária de grupos conservadores – especialmente grupos religiosos – que o acusavam de estar cerceando a *liberdade de expressão religiosa*⁹. Percebe-se que o PLC 122 (BRASIL, 2006) pretendia proteger a minoria LGBTI contra violências físicas e morais que sofre todos os dias no Brasil. Os números, mesmo os poucos dados oficiais, são alarmantes e colocam o País como um dos mais violentos do mundo. No entanto, a violência física é minimizada por grupos conservadores que dizem que os números são superdimensionados ou muito pequenos comparados às mortes/violência sofridas por quem não é LGBTI. Não podemos aqui discutir tal questão em profundidade; apenas é preciso dizer que a violência física que sofre essa minoria possui características próprias, ou seja, não é que *aqueles que cometem atos de violência* dirigem seus atos de forma indiscriminada e acabam *atingindo* pessoas LGBTI; ao revés, a violência aqui se trata de algo direcionado especificamente e com *modus operandi* próprio e característico (BAHIA, 2016, p. 371-400).

Quanto à violência moral, a oposição ao PLC 122 (BRASIL, 2006) – e a outros a ele assemelhados – argumenta que ele feriria a *liberdade de expressão*, particularmente a *liberdade religiosa*, uma vez que líderes religiosos já não poderiam mais falar contra o *homossexualismo* caso o projeto fosse aprovado; além disso se argumenta que os LGBTI estariam reivindicando o reconhecimento de *superdireitos* que os colocariam acima dos demais cidadãos (BAHIA; MORAES, 2010, p. 409-431). Facilmente se vê aqui uma falsa contraposição de direitos: em primeiro lugar, é garantido a religiosos

9 “Podemos citar, *e.g.*, textos disponíveis em sites religiosos nos quais, para além de questões teológicas propriamente ditas, onde são citados textos bíblicos e doutrinários, pode-se apreender outra ordem de argumentos pseudocientíficos, como se pode ver em: [...] o famigerado projeto de lei 122/2006, que cria o crime de delito de opinião no país – uma espécie de ditadura *gay* no Brasil, pois tal comportamento se tornará incriticável, algo só visto em ditaduras totalitárias (In: <www.conscienciacrista.org.br>, Nota da Vinacc em resposta à ABGLT); O Brasil não é o Irã: o projeto anti-homofobia, (In: <www.conscienciacrista.org.br>); e O discreto apoio da Rede Globo aos projetos anti-homofobia, In: (<www.conscienciacrista.org.br>). Ver também explicações comportamentais dos pais determinando a orientação sexual dos filhos em: Homossexualismo e homossexualidade, In: (<<http://www.ultimato.com.br>>) ou ainda um outro texto de religiosos mostrando com orgulho serem homofóbicos, uma vez que a culpa pela epidemia do vírus HIV seria dos homossexuais: Em Defesa da Homofobia, In: (<www.juliosevero.com.br>)” (BAHIA; SILVA, 2015, p. 190). Sobre a relação entre argumentação moral-religiosa, liberdade de expressão e homotransfobia, cf. Rios (2006, p. 85-87); Bahia (2010, p. 89-115); Bahia (2016, p. 371-400); Bahia e Moraes (2010, p. 409-431); Bahia e Moraes (2015, p. 409-431).

que defendam suas crenças, desde que o façam no nível do discurso. Assim, caso um líder religioso diga publicamente que *ser gay é pecado*, ele estará agindo dentro dos limites do que é permitido à liberdade religiosa – a mesma que permite que padres, por exemplo, não queiram casar pessoas divorciadas.

No entanto, se o discurso vai além, para dizer que *gays são pedófilos* ou *promíscuos, aidéticos*, etc. (BAHIA, 2012, p. 1-18), então já não se está mais no terreno da liberdade de expressão, mas no do discurso de ódio. A pretensão de abarcar como *direito* algo que nada tem a ver com a religião, mas que, ao contrário, reforça estereótipos de discriminação e segregação – e violência – contra LGBTI não está protegida pelo Direito, configurando-se, ao contrário, em abuso de direito. Não há, então, conflito de direitos, e sim uma pretensão legítima e outra ilegítima¹⁰. Quanto à questão dos superdireitos, *esquecem-se* os líderes religiosos que dizem que a lei de racismo já os protege (art. 1º) (BRASIL, 1989): então, os mesmos religiosos que dizem que LGBTI querem *privilégios* já são protegidos pela lei que o PLC 122 (BRASIL, 2006) pretendia incluir estes últimos. Indo para além do debate com grupos religiosos, é necessário lembrar que discursos homotransfóbicos ainda fazem parte de veículos de mídia – por exemplo em programas humorísticos – e também no esporte, notadamente no futebol. Vale aqui lembrar a ação movida por um jogador de futebol contra um dirigente de clube que havia insinuado que o jogador era homossexual. A sentença julgou o pedido improcedente, e é um bom exemplo do abuso da liberdade de julgamento, pois que o magistrado sugere que o jogador deveria abandonar o esporte, uma vez que:

futebol é jogo viril, varonil, não homossexual [...]. Quem se recorda da COPA DO MUNDO DE 1970 [...] jamais conceberia um ídolo seu homossexual [...], não poderia sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol. [...] Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si. [...] Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o SISTEMA DE COTAS, forçando o acesso de tantos [homossexuais] por agremiação. [...]. O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... [...] Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com

10 Trabalha-se com a tese de Klaus Günther (2000, p. 85-102), para quem não há conflito real quanto aos direitos fundamentais, mas apenas conflito aparente. Cf. também Bahia (2004, p. 301-357).

evidente problema na personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. [...] É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo! (JUNQUEIRA FILHO apud PINHEIRO2007)¹¹.

Quando a liberdade de expressão não é reivindicada para tratar o outro como igual portador dos mesmos direitos e dignidade (naquilo que esse outro autonomamente se define como tal) que o falante já possui, então não se trata de liberdade de expressão, mas de abuso, que pode ser configurado como discurso de ódio (BAHIA; KOURY NETO; MELO, 2013, p. 55-75). Nesse sentido, Miguel Carbonell, comentando sobre o art. 9º, incisos XV e XVIII da *Ley Federal para Prevenir y Eliminar La Discriminación*, de 2003 do México – que tem objetivos similares ao extinto PLC 122:

Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual¹². (2006, p. 215).

Como dito, o PLC 122 (BRASIL, 2006) foi arquivado em razão da grande pressão conservadora-religiosa e deixa o Brasil na contramão de proteção à minoria LGBTI face a países europeus, EUA e mesmo os vizinhos latinos, como o México (acima citado) e também a Colômbia. Assim, diante do arquivamento, há hoje duas ações tramitando no STF (CONJUR, 2014) que pretendem que o Tribunal declare inconstitucional a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o tema, isso porque, além das exigências constitucionais acima elencadas, há também uma série de documentos internacionais de Direitos Humanos, da Organização das Nações

11 Recentemente Federações latino-americanas de futebol foram penalizadas pela FIFA em razão de cantos homofóbicos feitos por torcedores contra rivais em jogos eliminatórios para a Copa do Mundo de 2018 (HUFFPOST BRASIL, 2016).

12 Em tradução livre: “Para alguns, esses preceitos poderiam constituir violações à liberdade de expressão. Esquecem aqueles que assim pensam que, em uma democracia, nem todas as manifestações de expressão podem estar sujeitas à supervisão nem podem ser consideradas, independentemente do seu conteúdo, como protegidos por lei. A liberdade de expressão não pode ser usada para proteger as manifestações verbais de ódio racial ou homofóbico, nem para se fazer escárnio de quem tem uma deficiência ou que apresenta certo estado de saúde ou assume uma preferência sexual em particular”.

Unidas – ONU e da Organização dos Estados Americanos – OEA (infra) instando os países a adotarem medidas específicas contra a homotransfobia (BAHIA, 2012, p. 1-18; BAHIA, 2016, p. 371-400). A questão, pois, não se trata de mera *reserva legal*, constituindo, ao contrário, grave violação constitucional e de normas internacionais dos Direitos Humanos. Enquanto o STF não decide, ganham força aqueles que, com o arquivamento do PLC 122 (BRASIL, 2006), abusam da liberdade de expressão para exteriorizar discriminação e reforçar estereótipos que, não raras vezes, sustentam violências físicas. Como todo direito, a liberdade de expressão também é relativa e jamais pode sustentar servir de escudo para seu abuso, isto é, discursos de ódio. Sem embargo, o Direito ocidental possui grande dificuldade em diferenciar o uso normal do Direito e o seu abuso.

3 Direito Internacional dos Direitos Humanos e emergência de discursos de intolerância

Vive-se uma época de transição. Organizações Internacionais como ONU e OEA vêm aprovando, seguidamente, Declarações e Resoluções – além de decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU e de Cortes Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou sua versão Europeia – instando os países a adotarem medidas contra a homotransfobia – muitos desses documentos inclusive propostos pelo Brasil¹³. Em todas elas, ONU, OEA e União Europeia vêm afirmando que os Estados-Parte não podem ser indiferentes à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Ao contrário, precisam reconhecer que a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero é uma realidade, que não se trata de *doença/desvio* – e menos ainda de algo criminalizável – e, logo, que a homotransfobia é uma realidade que precisa ser enfrentada. Nesse sentido estabelecem a necessidade de se reconhecerem direitos civis à minoria LGBTI; de se criarem mecanismos de proteção de ativistas desses direitos; de se criar uma cultura escolar de formação

13 Vale lembrar que “o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*” (RIOS, 2001, p. 287). No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há o precedente *Atala Riffo e Filhas vs. Chile* (2012) e, mais recentemente, *Duque vs. Colômbia* (26.02.2016) e *Flor Freire vs. Equador* (31.08.2016); no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, destaque para: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981); *Norris v. Ireland* (1991); *Modinos v. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999); *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999); *Goodwin v. United Kingdom* (2002); *Van Kuck v. Germany* (2003); *Karner v. Austria* (2003); *L. and V. v. Austria* (2003). Cf. Bahia (2012, p. 1-18), Bahia (2016, p. 371-400), *Ottosson* (2008), OEA (2016), Chade (2016) e ONU (2016).

em diversidade; e de se criarem procedimentos eficazes de combate à discriminação, incluindo procedimentos de investigação e punição específicos (BAHIA, 2012, p. 1-18; BAHIA, 2016, p. 371-400). Ao mesmo tempo, no entanto, assiste-se à emergência de discursos de ódio contra minorias que, talvez, achavam-se superados após os horrores da 2ª Guerra Mundial: discursos de ódio envolvendo xenofobia, racismo, neonazismo, homo-transfobia, etc. têm se tornado *comuns* não apenas em grupos radicais, mas em discursos políticos de membros de grandes partidos políticos, seja em países como o Brasil, seja na Europa ou Estados Unidos.

É um momento de embate entre concepções progressistas que haviam se firmado no final do século passado e início deste e a reação conservadora que ganhou força com a crise econômica mundial a partir de 2008. Aparentemente o discurso multicultural e pluralista precisa de expansão e prosperidade econômica para encontrar terreno fértil. Quando seca a fonte, ressurgem as ervas daninhas do fascismo e do fundamentalismo religioso. Nesse momento é necessário que pessoas e grupos estejam atentos às movimentações reacionárias e se valham de todos os mecanismos em níveis nacional e internacional para combater tentativas de retrocesso. E aí mesmo países tidos por muitos como *democracias consolidadas* e *exemplos* em Direitos Humanos falham. Países considerados avançados em Direitos Humanos vêm experimentando crescimento de casos de violência física e moral contra LGBTI¹⁴. Ao mesmo tempo, Organizações Internacionais de Direitos Humanos têm mostrado sua incapacidade em criar/manter uma cultura de respeito à diversidade. Em tudo isso transparece a dificuldade do Direito ocidental em lidar com tais problemas, uma vez que o Estado-Nação é, fundamentalmente, uniformizador e excludente da diversidade (MORAES, 2015, p. 25-50.), como será trabalhado a seguir.

4 O Direito consegue absorver demandas por diversidade?

Apesar do que se tem dito até então sobre leis e documentos internacionais de

14 Um exemplo são os dados de pesquisa feita em 2013 na Europa: “Dois terços dos *gays*, *lésbicas*, *bissexuais* e *transgêneros* que vivem na União Europeia não ousam andar de mãos dadas na rua, e 30% dizem já ter sido vítima de violência nos últimos cinco anos. [...] Cerca de 30% dos 93 mil participantes do estudo foram vítimas de violências e agressões nos últimos cinco anos. Entre eles, 30% dos 7 mil *transexuais* que disseram ter sido agredidos fisicamente ou ameaçados de violência mais de três vezes nos últimos 12 meses. Mesmo em países considerados mais tolerantes, muitos *homossexuais* se sentem vítimas de discriminação e são vítimas frequentes de agressões, principalmente verbais” (RFI, 2013). Cf. José (2016) e Opera Mundi (2016).

Direitos Humanos, uma questão que precisa ser repisada por aqueles que pretendem que o Direito trate das questões LGBTI é sobre a (in)capacidade – ou, pelo menos, a extrema dificuldade – de reconhecer verdadeiramente e de considerar uma sociedade plural e diversa. O Direito ocidental nasce em uma cultura muito específica: ele é europeu – ainda que as normas sejam elaboradas em um país soberano como o Brasil ou Angola – branco, cristão, iluminista-racional, individualista e masculino (MORAES, 2015, p. 25; BAHIA; MORAES, 2015, p. 45-66): o direito *universal* dos Direitos Humanos foi construído sob (e para) uma cultura específica – apesar de se pretender universal. Sendo assim, ele possui grande dificuldade em reconhecer perspectivas de direitos que não partam do indivíduo, considerado sempre como unidade básica a partir da qual mesmo direitos coletivos e difusos são reconhecidos – aliás, a própria concepção de Direitos Humanos sempre tomada a partir de direitos do indivíduo frente ao grupo, e não o contrário, é uma perspectiva que não é compartilhada por outras concepções como a islâmica ou a hindu (SANTOS, 2003, p. 429-461).

Logo, a especificidade na formação do Direito moderno europeu-ocidental implicou processos como a laicidade do Estado – e, logo, também do Direito; na centralização do Poder no Soberano – para só depois essa soberania se tornar popular; na invenção da ideia de *indivíduo*, como supramencionado; tudo sob o pano de fundo da racionalização do mundo da vida (HABERMAS, 1998, p. 78). O império da razão sobre a religião como forma de conhecimento do mundo dá a forma como o sujeito se relaciona com este último em um processo de subjugação e dominação. Para isso o método cartesiano e racional irá tomar *a realidade* como um dado que, para ser conhecida, é preciso que dela se destaquem *pedaços*, que serão classificados a partir da *descoberta de regularidades* (normalidades ou *leis*). A modernidade constrói suas estruturas a partir das leis de regularidade *descobertas* pelas ciências biológicas e exatas. No campo das ciências sociais-humanas, o conhecimento se dá de forma semelhante: pessoas e comportamentos também possuem regularidades que, igualmente, são classificadas. Contudo, seja lá nas ciências exatas, seja nas humanas/sociais, as classificações não se dão de forma neutra e desinteressada como se pretendeu, pois que sempre há um *telos* a ser seguido: o desenvolvimento, *a ordem e o progresso* e o sucesso estão na ordenação do mundo, como dito, na descoberta de regularidades. No campo das ciências sociais e humanas, isso implicará classificar (pessoas, culturas, identidades, etc.) estabelecendo-se comportamentos corretos e desvios – os quais, talvez antes classificados em categorias como *pecado*, agora

ganharão notas como *crime, doença* e/ou *loucura* (MORAES, 2015, p. 34, grifos nossos).

Ao falar sobre igualdade, o Direito na modernidade, em seus primeiros anos, estabeleceu o parâmetro racional da *isonomia* – igualdade perante a lei: todos nascem livres e iguais face à norma feita pelo Estado, não importando o quanto os indivíduos sejam diferentes do ponto de vista econômico, social, cultural ou linguístico. Isso quer dizer que o Estado é *cego* às diferenças, o que, teoricamente, possibilitou o discurso pela igualdade de todos – pela primeira vez na história ocidental – e será a base para as revoluções liberais que se seguirão, e, por outro lado, supõe a construção de um tipo ideal de indivíduo, tomado a *priori* como ideal/normal/legal-legítimo/são. Esse é homem (e não mulher, que, na verdade, apesar do discurso igualitário, estará um degrau ainda abaixo daquele), branco (gradação similar à da mulher quanto ao homem ocorrerá com negros, índios e orientais frente ao homem branco), cristão (*idem* quanto a outras religiões) e heterossexual cisgênero (*idem* quanto a *outras* orientações sexuais e identidades de gênero). Ainda, esse homem pertence a uma certa *nação* que se identifica com o respectivo *Estado*: logo, que possui uma certa cultura, idioma, religião e língua comuns e compartilhados – e quem não se encaixa nesse padrão será assimilado ou eliminado, a depender do *grau* de diferença que apresente (MAGALHÃES, 2012, p. 119-136). As principais categorias do Direito moderno ocidental foram (re)construídas a partir dessa lógica. Àqueles que podem ser titulares de obrigações foram reconhecidos direitos – *ius et obligatio sunt correlata*.

No que toca à sexualidade e ao gênero, há uma escolha quanto a papéis de normalidade a partir da naturalização de um certo padrão do que é ser homem e do que é ser mulher – e do que cabe a cada um deles. A partir da compartimentalização em *caixas*, puderam ser atribuídos direitos e obrigações específicos que caracterizam institutos fundamentais do Direito, não apenas na área de família e sucessões, mas também no Direito do Trabalho/Previdenciário, Direito Penal, etc. Como pensar questões centrais como *requisitos para o casamento* sem partir da ideia de que todos os seres humanos se dividem em *homens* e *mulheres*? Como separar as pessoas em presídios se não se sabe, por exemplo, que alguns são homens e outros mulheres? Como definir quando uma pessoa vai se aposentar se ela não se encaixa nem como homem ou mulher? O problema da naturalização que divide os seres humanos em homens e mulheres e lhes atribui direitos e obrigações correlatos é que a *experiência* humana é muito mais complexa e não cabe em classificações – ao menos não nas reduções binárias tradicionais. Os sistemas internacionais de Direitos Humanos

foram construídos a partir da lógica iluminista-racionalista – e, portanto, branca, ocidental, masculina e europeia –, o que faz com que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos funcionem sob as mesmas premissas, havendo muito pouca diferença estrutural entre o que é feito (e como) em Estrasburgo ou em Arusha. Aliás, uma crítica repetidamente feita ao Tribunal Penal Internacional é sua *insistência* em apenas punir líderes africanos. Logo, dificuldades similares que estados nacionais ocidentais têm em reconhecer direitos e punir violações à minoria LGBTI terão também os sistemas internacionais de Direitos Humanos, dada a forma como é pensado o Direito no ocidente.

Após a crítica ao liberalismo – no Direito/política e na Economia –, os Estados se redesenharam para tentar superar os problemas da igualdade como isonomia. Há aqui um avanço, pois o Estado deixa de ser cego a (certas) diferenças entre os cidadãos e passa a atuar sobre elas. É reconhecido que há diferenças sociais e de oportunidades econômicas entre as pessoas, e o Estado passa a agir para compensar tais diferenças (sociais e econômicas) com a contraposição de um tratamento diferenciado em termos de direitos e obrigações visando que fosse criada uma igualdade real/material como resultado. Perceba-se que aqui também se está falando de igualdade; portanto, apenas que em um outro sentido e sem se eliminar o sentido original (isonomia ou *igualdade formal*). A esse segundo chama-se em geral *igualdade material*, ou, como tem-se denominado, *equidade* (BAHIA, 2014, p. 73-98). Apesar de se mostrar como um avanço, há alguns problemas com a equidade; para o que interessa aqui, um problema é o fato de que ela também é redutora, pois seleciona apenas aspectos econômicos/sociais e, como típica representação da modernidade, busca a categorização a fim de homogeneizar a sociedade, tratando-a como uma massa uniforme (uniformizável) a partir de certos padrões que toma também *a priori* como dados óbvios.

Chega-se ao final do século passado e ao início deste com um grande desafio para o Direito: ele é capaz de construir um discurso revendo suas estruturas básicas na forma como suas normas buscam regular as relações humanas que não esteja preso a esquemas binários e reduções cartesianas? Para o tema aqui proposto, fala-se, por exemplo, sobre os *requisitos para o casamento*: seria possível o Direito reconhecer que nem todas as pessoas se encaixam no esquema *homem e mulher*? Centenas de pessoas nascem todos os meses no Brasil que não se encaixam nas *caixas* homem-mulher: os intersexuais (até há algum tempo chamados de

hermafroditas) não podem ser classificados nem em um nem em outro gênero¹⁵. São um caso de *terceiro incluído* que foge à lógica clássica (SOUZA, 2013, p. 30). No entanto, como não se concebe a possibilidade de que alguém não se encaixe nas categorias *normais* de homem e mulher, submete-se o recém nascido ao império do Direito mutilando-o para que possa, afinal, ser *normalizado* e, pois, civilmente registrado – no Brasil, conforme a Resolução 1.664 (PORTAL MÉDICO, 2003) do Conselho Federal de Medicina.

Fala-se muito nos tempos de hoje em *diversidade e pluralidade*, inclusive no âmbito do Direito. No entanto, pelo menos quanto a esse ramo do conhecimento, muito pouco houve de mudanças para que ele possa, de fato, reconhecer a naturalidade da diversidade. E fala-se em diversidade, e não em *diferença*; em reconhecimento, e não *tolerância*, porque esta e aquela ainda partem da ideia típica da modernidade de que há um padrão, apenas que agora se permite que o outro exista. Ao revés, aqui se faz referência ao reconhecimento de que nem todos são iguais, que dificilmente caberiam em *caixas conceituais*, pois que elas sempre são reducionistas da complexidade da existência humana. A diversidade, então, também é uma variante da igualdade, ao lado de isonomia e equidade, e certamente é um dos maiores desafios para o Direito dos dias de hoje. Voltando ao exemplo do Direito de Família, durante muito tempo grupos de defesa de direitos LGBTI vêm lutando para que sejam reconhecidos os direitos ao casamento e à adoção homoafetivos. O que tal intento pretende, ao fim e ao cabo, é que seja inclusa mais uma *caixa* ao lado da que trata do casamento/adoção: em que a lei diz *homem e mulher*, sejam reconhecidos, no caso do casamento, também casamentos entre dois homens ou entre duas mulheres. No entanto, como dito, o que se pretende parece ser apenas a inclusão de mais um formato nos já existentes.

Nesse contexto, uma concepção de diversidade vai além: em vez de se acrescentar algo ao Direito, por que é que o Direito, quanto a esse ponto, não deixa de estipular requisitos de gênero (e, implicitamente, também de orientação sexual) para o casamento? Partindo-se da ideia de que pessoas maiores e capazes podem, livremente, entabular atos da vida civil, por que é que o Direito precisa estipular que sejam homens ou mulheres? Ou mesmo que precisem ser duas (e não mais) pessoas¹⁶? Quanto aos intersexuais, por que é preciso encaixá-los em uma das categorias? Por que não admitir que há pessoas que simplesmente não

15 Sobre os intersexuais, cf. Silva; Oliveira (2016) e Fraser; Lima (2012, p. 358-366).

16 Algo que poderia compor um Direito de Família mínimo (ALVES, 2009, p. 15).

se encaixam¹⁷? E aqui se poderia adicionar os transgêneros não binários, bem como travestis. Quanto aos transexuais, por que é tão difícil para o Direito (seja o legislador, seja o juiz) reconhecer a possibilidade de mudança do gênero sem que, para isso, seja preciso que a pessoa se submeta a uma cirurgia de redesignação sexual – e até a consultas psiquiátricas? Ainda, se o princípio que norteia as adoções de crianças é seu *melhor interesse*, por que ainda se debate se um casal homoafetivo ou uma travesti poderiam ou não adotá-las?

5 Conclusão

Todas as questões postas e tantas outras que servem de barreiras para a plenitude de direitos dos LGBTI estão intimamente ligadas a um Direito ainda marcado por suas origens (branco, heterossexual, cisgênero, enfim, racionalista-europeu-ocidental) e acabam por mostrar também a dificuldade que alguns países têm em aprovar legislações de promoção de direitos, seja para estender-lhes os mesmos direitos que os outros já têm, seja para criminalizar formas de violência que aqueles sofrem de forma específica – no caso do Brasil, como já reconhecido para violências a mulheres, negros ou religiosos, por exemplo.

Ainda que países da Europa também mostrem índices preocupantes quanto à violência e à discriminação da população LGBTI, é fato que possuem um arcabouço legislativo e uma rede estatal de proteção – bem como de promoção de direitos – bem mais desenvolvida que o Brasil – o que não quer dizer que não haja ali problemas, inclusive crescentes. Aliás, o País, quanto a isso, está aquém de países vizinhos, como já dito, quanto a leis contra discriminação, mas também em outros âmbitos como o Direito Civil (quanto ao registro e ao nome) e o de Família, quando comparado a países como Argentina e Uruguai. O crescimento de bancadas conservadoras – particularmente a bancada religiosa-conservadora – explica em boa medida o porquê de pautas similares às de outros países e de Organizações Internacionais não terem eco no Congresso Nacional, mesmo quando, quanto às últimas, é o Brasil o proponente de Declarações e Resoluções de Direitos Humanos para a população LGBTI.

Sobre o Direito na atualidade, mais do que aumentar o número de *caixas*, talvez esteja na hora de se tentar pensar um Direito em que *não haja mais caixas redutoras/*

17 Há quantos séculos são reconhecidas outras identidades de gênero como as Muxes do sul do México ou as Hijras da Índia? Povos originários nas Américas reconheciam a existência não de dois (e nem três), mas, em alguns casos, de várias e diversas identidades de gênero. Cf. OEA (2015, p. 28-29).

homogeneizadoras/normalizadoras – se ele quer mesmo abraçar a tese da diversidade/pluralismo. Esse é certamente um desafio, um dos maiores para o Direito no novo século. Se os temas da diversidade e do reconhecimento encontram hoje eco em discursos de Direitos Humanos, faz-se necessário mudar a matriz estrutural sobre a qual o Direito ocidental foi construído para que ele seja capaz de se pensar aberto a novos direitos e novos sujeitos não como ampliação de modelos já existentes, mas como abertura e consciência de que toda definição e categorização é redutora de complexidade e sempre significa a exclusão daquele que não se encaixa.

6 Referências

ALEMANHA. **Constituição de Weimar de 1919**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. 2009. Dissertação de Mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <<http://migre.me/vrwS3>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357. Disponível em: <<http://migre.me/vqbTl>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

_____. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, v. 186, abr./jun. 2010, p. 89-115. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198675>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Direito à não discriminação e homofobia no Brasil, Resoluções Internacionais e a Constituição de 88. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org.). **Direito à diversidade e o Estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 1-18.

_____. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73-98.

_____. A função contramajoritária da Constituição brasileira de 1988 em proteger minorias: estudo sobre ADInO nº 26. In: MIRANDA Jorge et al. (Org.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Juruá: Curitiba, 2016, p. 371-400.

_____; MORAES, Daniel Melo Franco de. Discriminação contra minorias sexuais,

religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, outubro 2010, p. 409-431.

_____; MORAES, Daniel Melo Franco de. Desafios aos Direitos Humanos na questão LGBT: (in)capacidade de absorção das demandas pelo Estado brasileiro das normas de Direito Internacional. In: SOARES, Mário L. Quintão; SOUZA, Mércia C. de (Org.). **A Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional**. V. I. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 45-66.

_____; KOURY NETO, Mussi A. Koury Neto; MELO, Mariana Cristina Pereira. A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, v. 199, jul./set. 2013, p. 55-75. Disponível em: <<http://migre.me/vrulo>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____; SILVA, Diogo Bacha. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 60, 2015, p. 177-207. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006** - Criminaliza a homofobia. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CARBONELL, Miguel. *Consideraciones sobre la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación*. In: DE LA TORRE MATÍNEZ, Carlos. **Derecho a la no discriminación**.

México: UNAM, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CHADE, Jamil. ONU aprova proposta do Brasil para investigar crimes contra homossexuais. **Jornal O Estado de São Paulo**, 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vJS78>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

CONJUR. **ADO nº 26 e MI nº 4.733**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

DAILY MAIL. **Obama says religious freedom is not an excuse to deny gay people and other's constitutional rights**. Publicado em: 28 set. 2015. Disponível em: <<http://migre.me/vJS6R>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

FRASER, Roberta T. Dantas; LIMA, Isabel Maria S. Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Journal of Human Growth and Development**, nº 22(3), 2012, p. 358-366. Disponível em: <<http://migre.me/vrvDP>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

GARAY MONTAÑEZ, Nilda. *La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: la cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político*. **História Constitucional**, nº 15, 2014, p. 279-310. Disponível em: <<http://migre.me/vJS0q>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, nº 6, 2000, p. 85-102.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.

HUFFPOST BRASIL. **Chile, Argentina e Uruguai são multados por cantos homofóbicos de torcedores**. Publicado em: 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2016/01/13/homofobia-esporte_n_8970970.html>. Acesso em: 16 dez. 2016.

JOSÉ, Pedro. Maria José Vilaça: ter um filho homossexual é como ter um filho toxicodependente. **Escrever Gay**. 12 nov. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vJS5F>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Pluralismo epistemológico e modernidade. In: _____ (Coord.). **Direito à diversidade e o estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MÉXICO. **Constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

MORAES, Daniel Melo Franco de. **Eurocentrismo, estado nacional e humanos direitos:** por que o Brasil não tem sido capaz de garantir os direitos das pessoas LGBTTTI? 2015. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola de Legislativo**. Belo Horizonte: nº 2, jul./dez. 1994. Disponível em: <<http://migre.me/vJS19>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América**. OAS/Ser. L/V/II. Rev. 2. Doc. 36, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://migre.me/vJS1x>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **CIDH urge a los Estados a combatir impunidad en casos de violencia por prejuicio contra personas trans**. Comunicado de Prensa, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vJS1l>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Ser lésbica, gay, bissexual ou trans não é uma doença, e sim parte da diversidade humana**. Publicado em: 17 maio 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vJS1S>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

OPERA MUNDI. **EUA:** Mississippi sanciona lei que autoriza estabelecimentos a negar serviço a casais *gays*. Publicado em: 5 abr. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vJS2C>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

OTTOSSON, Daniel. **Homofobia do Estado: un informe mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas**. ILGA, mayo de 2008. Disponível em: <http://www.portalsida.org/repos/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2008.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2017.

PINHEIRO, Aline. Juiz nega ação de Richarlyson e diz que futebol é para macho. **Consultor Jurídico**, 3 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz_nega_acao_jogador_futebol_macho>. Acesso em: 15 dez. 2016.

PORTAL MÉDICO. **Resolução nº 1.664 de 13 de maio de 2003**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

RFI. **Casais homossexuais ainda sofrem com preconceito**. Artigo publicado em 17 de maio de 2013. Disponível em: <<http://br.rfi.fr/europa/20130517-no-dia-mundial-da-luta-contra-homofobia-casais-ainda-sofrem-com-preconceito>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38, nº 149 jan./mar. 2001.

_____. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, v. 12, nº 26, 2006, p. 71-100.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006. Disponível em: <<http://migre.me/vruOd>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SILVA, Bruna C. de Souza L.; OLIVEIRA, João Felipe Zini C. de. Lei de identidade de gênero: uma análise comparativa da lei argentina e o PL 5.002/2013 do Brasil. **Libertas**. Ouro Preto: v. 2, nº 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vrvmV>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, nº 59, dezembro 2009, p. 61-88. Disponível em: <<http://migre.me/vOuDA>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SOUZA, Tatiana Ribeiro de. **Estado de Direito Internacional**: o novo artifício liberal de aprisionamento ao velho paradigma iluminista. 2013. Tese de Doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

STRECK, Lenio; LIMA, Rogério M. de. A conversão da união estável em casamento. **Consultor Jurídico**, 6 jul. 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 13 dez. 2016.

VILLELA, Gustavo. Lei de 1941 considera ociosidade crime e pune “vadiagem” com prisão de 3 meses. **Acervo O Globo**. Rio de Janeiro: publicado em 4 dez. 2014. Disponível em: <<http://migre.me/vJS3X>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

