

# **OS DIREITOS SEXUAIS MEDIANTE O DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

**Luana Borba ISERHARD<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

Os direitos sexuais como direitos à expressão da sexualidade sem discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero são tema de grande relevância no contexto atual, tanto nacionalmente quanto internacionalmente. Nesse sentido, considerando que são direitos em construção, este trabalho verifica como se refletem no direito internacional e nos sistemas jurídico e político brasileiro. Assim, esta pesquisa, fundamentada nos direitos humanos, busca avançar no debate sobre os direitos sexuais, através da análise dos principais obstáculos, tendências e possibilidades que se fazem presentes.

**Descritores:** Direitos Sexuais – Direitos Humanos – Direito Internacional – Ordenamento jurídico brasileiro – Políticas públicas – Multiculturalismo e globalização – Discriminação – Movimentos sociais – Princípios de Yogyakarta

## **ABSTRACT**

The sexual rights as the rights to express the sexuality without discrimination caused by sexual orientation or gender identity are a very relevant theme in the current context, both nationally and internationally. In this sense, considering that those rights are under construction, this work verifies how they are reflected in the international law and in the legal and political systems in Brazil. Therefore, this work, based on the human rights, intends to advance the debate about sexual rights, through the analysis about the main obstacles, trends and possibilities that present themselves.

---

<sup>1</sup> Estudante de graduação, no 7º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS.

**Descriptors:** Sexual Rights – Human Rights – International Law – Brazilian legal system – Public politics – Multiculturalism and globalization – Discrimination – Social movements – Yogyakarta Principles

**Title:** *The sexual rights through the dialogue with the human rights: challenges and perspectives*

## RESUMEN

Los derechos sexuales como derechos a la expresión de la sexualidad sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género son tema muy importante en el contexto actual, a nivel nacional y internacional. En ese sentido, considerando que ellos son derechos en construcción, este trabajo señala como se reflejan en el derecho internacional y en los sistemas jurídicos e políticos en Brasil. Así, esta pesquisa, basada en los derechos humanos, busca avanzar en los debates sobre los derechos sexuales, por medio del análisis de los principales obstáculos, tendencias e posibilidades que se presentan.

**Descriptoires:** Derechos Sexuales – Derechos Humanos – Derecho Internacional – Ordenamiento jurídico brasileño – Políticas públicas – Multiculturalismo y globalización – Discriminación – Movimientos sociales – Principios de Yogyakarta

**Título:** *Los derechos sexuales por medio del diálogo con los derechos humanos: desafíos y perspectivas*

.....

## 1. INTRODUÇÃO



Os direitos sexuais representam o grupo de direitos relacionados às questões de orientação sexual e identidade de gênero (LGBT<sup>2</sup>), vinculadas à expressão da sexualidade e à liberdade sexual, os ligados às relações sexuais propriamente ditas e suas conseqüências (tais como aborto, consentimento e violência), e também os direitos ligados à saúde sexual (RIOS, 2007). Este trabalho percorre o histórico de tais direitos, com enfoque no âmbito de orientação sexual e identidade de gênero, radicando-se nos princípios de direitos humanos. Trata-se, pois, de um debate de inegável relevância na atualidade, o que se percebe através de iniciativas internacionais e nacionais, manifestações de caráter social e cultural, decisões oriundas de Tribunais, políticas públicas, planos governamentais, manifestações de organizações não-governamentais, movimentos LGBT e da própria mídia, a qual nos informa sobre o tema de forma praticamente diária (RIOS, 2007).

A luta pelo direito da sexualidade é uma luta não só necessária, mas urgente, tendo em vista os inúmeros e significativos desafios que se fazem presentes, tanto na esfera global quanto na regional e na local. Ocorre que, em alguns países, a prática sexual que diverge da heterossexualidade permanece figurando como crime, algumas vezes submetido à pena de morte, enquanto em outros, mesmo não o sendo, os dados acerca da violência contra a população LGBT são alarmantes. Nesse sentido, o Brasil, segundo dados do Grupo Gay da Bahia, a mais antiga associação brasileira em defesa dos direitos humanos dos homossexuais, é o campeão mundial no que tange a crimes homofóbicos<sup>3</sup>.

Tais discriminações, assim como aquelas que permanecem nos silêncios e nas ausências, evidenciam a necessidade de efetivo reconhecimento e asserção aos direitos à liberdade sexual. Portanto, tratando-se de uma realidade impossível de ser

---

<sup>2</sup> Usa-se neste trabalho a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais), a qual é o padrão internacional e foi a nomenclatura adotada na 1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Movimento muda de sigla de "GLBT" para "LGBT". **CLAM**, 9 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=\\_EN&inoid=4269&sid=2](http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_EN&inoid=4269&sid=2)>. Acesso em 20 set. 2009).

<sup>3</sup> Conforme Relatório Anual do Grupo Gay da Bahia, 190 homossexuais foram assassinados em 2008, no Brasil, 55% a mais do que no ano anterior. E 80% dos crimes possuem "autor desconhecido". (Assassinato Homossexuais no Brasil: 2008. Relatório Anual do Grupo Gay da Bahia. **Grupo Gay da Bahia**, Bahia, 13 abr. 2009. Disponível em <[http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil\\_2008\\_pressRelease.html](http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil_2008_pressRelease.html)>. Acesso em: 10 set. 2009).



negada, cabe aos operadores do Direito buscar a sua regulamentação e tutela jurídica, de forma não preconceituosa, mas compreensiva e bem fundamentada, rumo ao direito democrático da sexualidade.<sup>4</sup>

Neste trabalho, objetiva-se a verificação dos principais desafios e perspectivas que se delineiam atualmente no campo dos direitos sexuais. Para isto, propõe-se a análise de como estão sendo tratados tais direitos, tanto no contexto internacional quanto no nacional, sempre sob a ótica dos direitos humanos e com base na premissa de que são direitos em construção. Após, discorre-se acerca de obstáculos e possibilidades que envolvem o tema, à guisa de uma verdadeira emancipação, assumida a vulnerabilidade, mas para muito além da vitimização. Desta forma, procura-se avançar no debate sobre o direito da sexualidade, debate este indispensável atualmente.

## 2. O DIREITO DA SEXUALIDADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO

Foi com o surgimento das burguesias européias que surgiram as liberdades fundamentais, as quais foram denominadas direitos de primeira dimensão, organizando os direitos humanos em um sistema individualista, caracterizado por refletir liberdades em face do Estado. A segunda dimensão, de outro lado, clama pela intervenção estatal, correspondendo aos direitos econômicos, sociais e culturais e reforçando o poder político. A terceira dimensão, por sua vez, diz respeito aos direitos de titularidade coletiva ou difusa, com implicação transindividual, sendo a dimensão universal da dignidade humana, reconhecida por várias convenções internacionais.

Princípios básicos da teoria dos direitos humanos são a liberdade, a igualdade, a dignidade e o pluralismo. A liberdade possui um âmbito individual e outro político.

<sup>4</sup> O direito democrático da sexualidade considera a relação entre democracia, cidadania e direitos sexuais (RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>>. Acesso em 20 set. 2009).



Significam, respectivamente, que cada indivíduo pode, presumivelmente, exercer a sua autonomia, bem como interferir em interesses comuns (LOPES, 2007). Assim, o princípio da liberdade é fundamental ao exercício dos direitos sexuais, visto que se interliga com o direito à autonomia, à privacidade, bem como à expressão da sexualidade.

A igualdade, tão importante quanto a liberdade, sendo inclusive uma condição ao efetivo desenvolvimento desta, deve ser entendida como um reconhecimento igualitário das diferenças, as quais, de forma alguma, podem fundamentar desigualdades. Tal interdependência decorre do caráter indivisível dos direitos humanos, do qual se denota que sem a liberdade também se esvazia a igualdade (PIOVESAN, 2004). No entanto, um maior avanço no debate acerca da igualdade só se dará com a consciência da relação existente entre política, direito e realidade social (FLORES, 2008).

Quanto à dignidade, trata-se do próprio valor fundante e para o qual converge a teoria dos direitos humanos. Afinal, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais<sup>5</sup> que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade” (SARLET, 2002, p. 91). É o corolário dos direitos humanos, no sentido kantiano de que o ser humano é “considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado”, pelo que “só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita” (COMPARATO, 2008, p. 22).

Finalmente, é indispensável atentar-se ao pluralismo<sup>6</sup>, visto que um dos eixos centrais do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento do direito à escolha de projetos de vida alternativos. E o pluralismo é uma realidade que se manifesta através da sociedade heterogênea de classes e frações de classes, grupos sociais, econômicos, diversidades culturais e ideológicas. Possui, ainda, uma componente

---

<sup>5</sup> Direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas. Todavia, a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60 e 227).

<sup>6</sup> Fundamenta-se na pluralidade, que é “a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 28).



normativa, pois o Estado democrático recusa qualquer redução autoritária e reconhece às forças sociais e grupos coletivos capacidade transformadora das relações humanas (CANOTILHO, 1991).

Enfim, não se pode negar que a garantia de um direito democrático da sexualidade perpassa todas as dimensões dos direitos humanos e fundamenta-se nos seus princípios, salientando-se que esses direitos têm como elementos a interdependência e a indivisibilidade. Tal perspectiva fundamenta um direito democrático da sexualidade que assegure, em oposição a qualquer discriminação negativa, a dignidade e o respeito à pluralidade.

## **2.1. Reflexos da internacionalização dos direitos humanos e da humanização do direito internacional**

### 2.1.1. A trajetória dos direitos sexuais no contexto internacional dos direitos humanos: progressivo redimensionamento?

Contemporaneamente, fenômeno que ocorre é a internacionalização dos direitos humanos, ao mesmo passo em que se dá a humanização do direito internacional. Tal processo iniciou-se no pós-guerra e foi inaugurado pela Declaração Universal de 1948, a qual afirma que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, demonstrando elevado grau de consciência do homem livre, cidadão de todas as pátrias (BONAVIDES, 2007). Restou reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, a qual reafirmou o caráter universal.

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa (BONAVIDES, 2007, p. 574).

No que tange ao reconhecimento dos direitos sexuais no âmbito internacional, deu-se a partir de conquistas de movimentos feministas. E, foi apenas a partir da



Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento (Cairo), realizada em 1994, que se vislumbrou o reconhecimento dos direitos da sexualidade (PIOVESAN, 2006), trazido no Plano de Ação do Cairo, onde foi introduzido um conceito de direitos reprodutivos. A Quarta Conferência Mundial da Mulher, por sua vez, realizada em Pequim, em 1995, corroborou a idéia de direitos sexuais como parte dos direitos reprodutivos, afirmando o livre exercício da sexualidade, no entanto, sempre enfocando no concernente à saúde sexual (RIOS, 2007).

Em junho de 2008, na 38ª Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, foi aprovada, por consenso, a Resolução sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, apresentada pela delegação do Brasil. Foi a primeira vez que tais palavras constaram em documento acordado pelos trinta e quatro países da América. E, em dezembro do mesmo ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas afirmou formalmente as violações de direitos em razão da orientação sexual ou identidade de gênero. Tal declaração, a qual o Brasil coordenou, junto à Argentina, Croácia, França, Gabão, Japão, Noruega e Países Baixos, é baseada em longo histórico da ONU na defesa dos direitos da população LGBT. O documento foi assinado, até o momento, por mais de um terço dos membros da Assembléia Geral. Destaca-se que, pela primeira vez na história da Assembléia Geral das Nações Unidas, Estados de todos os continentes manifestaram-se contra a violação de direitos em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

Ainda, ressalta-se a importância das organizações não-governamentais no âmbito internacional. Algumas delas desfrutam de *status* consultivo junto à Organização das Nações Unidas, o que significa dizer que lhes são possibilitados a realização de depoimentos verbais e relatórios escritos em reuniões da ONU, bem como de eventos nas suas dependências. Desta forma, é possível ampliar-se o debate acerca de questões ligadas ao direito da sexualidade, permitindo-se maior participação da sociedade civil em causas mais *latas*. A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) adquiriu no dia 27 de julho de 2009 tal *status*, sendo a primeira do hemisfério sul, o que é um marco na história da defesa dos direitos da sexualidade.



Portanto, o início da construção de um direito da sexualidade é bastante recente, se comparado a outras reivindicações, sendo que, apenas ao final de 2008, começou a ser tratado de forma mais aberta, não estritamente ligada aos direitos da saúde e direitos reprodutivos. Observa-se, pois, que as causas mais *latas* de direitos humanos vêm progressivamente abrindo espaço aos direitos sexuais, os quais se redimensionam. E, para a construção sólida de um direito democrático da sexualidade, o sistema normativo global é, sem dúvidas, fonte essencial de legitimação e visibilidade.

### 2.1.2. Consolidação de direitos ligados à sexualidade: uma breve análise da jurisprudência internacional

No que tange à criminalização de comportamentos homossexuais, tem-se como um dos paradigmas o caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Neste caso, a tese vencedora entendeu que “o direito à privacidade não podia ir tão longe, sob pena de se colocar em cheque os valores morais mais gratos à sociedade” (CRUZ, 2005, p. 80). A partir desta decisão decorreram muitas manifestações de luta por direitos civis dos homossexuais.

Em 2003, então, a Suprema Corte declarou, no caso *Lawrence v. Texas*, que o direito à privacidade abrange o direito de adultos, consensualmente, estabelecerem atividades sexuais. Tal decisão é considerada como uma grande vitória pelos defensores dos direitos LGBT, visto que a partir dela ficou determinada a inconstitucionalidade da criminalização da sodomia. No mesmo sentido foi o caso *Toonen v. Austrália*, de 1994, quando foi considerado que a legislação da Tasmânia, que criminalizava as relações homossexuais entre adultos, violava o art. 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o qual dispõe que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação” (BRASIL, Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1962).

No sistema regional europeu de direitos humanos, é de grande relevância o caso *Dudgeon v. The United Kingdom* (ESTRASBURGO. European Court of Human



Rights. Case of Dudgeon v, The United Kingdom, application nº 7525/76, 22 de outubro de 1981), no qual foi considerado que a criminalização de atos homossexuais viola o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ROMA. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 de novembro de 1950).

Assim, nota-se da jurisprudência apontada que, tanto na Europa quanto na América do Norte, de fato, a fundamentação das decisões se dá essencialmente mediante os “direitos negativos”, quais sejam os de primeira dimensão, pelo que se dão em face do Estado.

No âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, atenta-se às particularidades regionais, tais como a cultura da violência e da impunidade e a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico (PIOVESAN, 2007), o que é bastante preocupante, notadamente quando se trata de direitos sexuais. O sistema, de outro lado, contribui de forma significativa para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

[...] muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na ‘jurisdicionalização’ dos direitos humanos, para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 411).

## **2.2. Brasil e o direito à sexualidade**

### **2.2.1. A liberdade sexual no ordenamento jurídico brasileiro**

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura direitos fundamentais da pessoa humana e do cidadão, bem como a garantia do sistema democrático de direito. Nesse sentido, são os direitos fundamentais a própria base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2004).

No art. 1º, inciso III, afirma-se que o princípio da dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.



[...] trata-se da valorização superlativa do princípio, eleito como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada (RIOS, 2001, p. 91-92).

No art. 3º, inciso IV, ficou determinada a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Salienta-se, todavia, a necessidade de uma compreensão mais abrangente das proibições de discriminação sexual. Nesse sentido:

[...] a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação (RIOS, 2008, p. 704).

No art. 4º da Carta Magna, foi adotado o princípio de prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Desta forma, permitiu-se a infiltração de direitos humanos em nosso texto constitucional, através de tratados, convenções e pactos internacionais com outros países. Exemplificativa, nesse sentido, é a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, pela qual o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas declarou que considerou indevida a criminalização de atos homossexuais, examinando o caso *Toonen v. Austrália* (RIOS, 2001).

No art. 5º, elencam-se os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, estabelecendo-se sobre eles, inclusive, uma cláusula pétrea, disposta no art. 60, §4º, IV, pela qual a abolição dos direitos e garantias individuais não pode ser objeto de deliberação à proposta de emenda constitucional. Isso só vem a demonstrar a relevância que tais direitos possuem em nosso ordenamento. No art. 6º, por sua vez, foram dispostos os direitos sociais.

Sem esta positivação jurídico-constitucional, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulso, ou, até, por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*) (CANOTILHO, 1991, p. 507).

Destaca-se, no art. 5º, o inciso VIII, o qual dispõe acerca do Estado laico, visto que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa [...]". O princípio da laicidade faz-se essencial no concernente ao desenvolvimento do direito



da sexualidade, porquanto o fanatismo religioso tem sido um dos maiores obstáculos ao respeito à diversidade sexual.

Em termos de legislação estadual, doze estados brasileiros referem a proibição da discriminação por orientação sexual, dentre eles o Rio Grande do Sul. Nesse sentido, é a Lei nº 11872/02, que dispõe acerca da promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências (RIO GRANDE DO SUL. Lei 11.872, de 19 de dezembro de 2002).

Em relação à legislação federal, destaca-se o Projeto de Lei da Câmara, nº 122/2006, que propõe a criminalização da homofobia, alterando a Lei nº 7.716/89, equiparando tal situação à discriminação por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ficando o autor do crime sujeito a pena de reclusão e multa. Ainda, outros quinze projetos de lei encontram-se em tramitação, bem como outros dois projetos de emenda à Constituição, no tocante aos direitos LGBT.

Percebe-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro, com fulcro no respeito à dignidade da pessoa humana, oferece proteção a diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, embora se deva adotar, para isso, uma perspectiva não preconceituosa e fundamentada nas questões de gênero. Todavia, este entendimento não está bem consolidado, sendo essencial, para isso, o primado pela efetividade das normas constitucionais, bem como uma legislação que regule a obrigação de observância aos direitos fundamentais, salientando que não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem papel relevante na realização desses direitos (MENDES, 2004).

#### 2.2.2. A tendência dos tribunais e as políticas públicas

Ao Judiciário cabe a responsabilidade essencial de resolver os conflitos que lhe são apresentados, os quais demonstram a necessidade de regulação de determinadas situações, visto que o Direito raramente se antecipa aos fatos sociais. Nesse sentido, tem-se averiguado o surgimento, cada vez mais freqüente, de questões ligadas ao direito da sexualidade no âmbito Judiciário.



A partir da jurisprudência firmada em 1996, relativa à inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano de saúde federal, os tribunais federais e estaduais têm mais e mais acolhido demandas sancionando discriminação por orientação sexual (RIOS, 2007, p. 27).

Exemplificativa é a decisão de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que não houve por “parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 395904-RS. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 2005).

A respeito da união civil entre pessoas do mesmo sexo, não há reconhecimento explícito em nosso ordenamento. Todavia, a despeito de ainda haver disparidades nas decisões dos diversos tribunais, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, já sinalizou ser favorável ao reconhecimento da união estável entre casais homossexuais.

De outro lado, a jurisprudência ainda é temerária em relação a questões de direitos sexuais relacionadas a direitos reprodutivos, como no caso de duas homossexuais, mães de gêmeos, em que uma delas gerou e outra concedeu os óvulos, as quais pleitearam, em São Paulo, o direito de que ambas constassem como mães no registro de nascimento, o que não foi concedido em sede de liminar.

Em termos de políticas públicas, ressaltam-se o programa governamental Brasil sem Homofobia, lançado em 2004, e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, que busca mobilizar o poder público e a sociedade na consolidação de um pacto democrático. Este foi lançado em maio de 2009 e tem como objetivos específicos promover os direitos fundamentais da população LGBT do Brasil, dispostos no art. 5º da Constituição, bem como direitos sociais e o combate ao estigma e discriminação.

### **3. Rumo à efetivação do direito democrático da sexualidade**



A concepção contemporânea de direitos humanos, conjugando os valores liberdade e igualdade, tem como objetivo tornar tais direitos tema de legítimo interesse da comunidade internacional. No entanto, a premissa da universalidade dos direitos humanos, em termos de direitos sexuais, implica um cenário bastante desafiador, variante conforme a cultura ou religião em análise. É neste ponto que reside uma das maiores dificuldades ao tratarmos do tema em nível global: qual o limite da diversidade de concepções?

Certos países deixaram de assinar a Declaração da Assembléia Geral da ONU contra a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, opondo-se a ela e assinando um texto alternativo proposto pela Organização da Conferência Islâmica. Em que pese afirmarem os princípios da não discriminação e da igualdade, tais países declararam que os direitos humanos universais não incluem a tentativa de focalizar os direitos de determinadas pessoas.

Há, outrossim, desafios particulares ao nosso cenário regional, pelo que existem, na América Latina: obstáculos ao desenvolvimento de um campo dos direitos sexuais e ao estabelecimento do Estado laico; a necessidade de fundamentação destes a partir dos direitos humanos; a persistência de realidades culturais que não permitem o desenvolvimento de um direito da sexualidade; e condições socioeconômicas de pobreza.

Salienta-se que o direito da sexualidade perpassa as esferas pública e privada, não podendo as discriminações relegar-se ao âmbito familiar, onde são comuns e graves. Portanto, a perspectiva de direitos humanos e fundamentais exige que abordagens condescendentes sejam superadas (RIOS, 2007).

### **3.1. Obstáculos ao reconhecimento e asserção dos direitos sexuais**



### 3.1.1. O multiculturalismo<sup>7</sup> e a globalização: principais dificuldades

A lacuna existente entre a teoria e a prática é, atualmente, um dos grandes desafios dos direitos humanos. Esta situação decorre da globalização, a qual, muitas vezes, ao invés de atuar como um processo que permite o pluralismo, acaba por evidenciar os particularismos culturais.

No contexto internacional, o entendimento e a busca de saídas para certos desafios centrais se fazem essenciais para que os direitos humanos não se tornem um discurso vazio. Dentre as dicotomias mais relevantes, quando se fala na dificuldade de construção de um direito da sexualidade em nível global, certamente estão: *universalismo v. relativismo; laicidade estatal v. fundamentalismos religiosos; e respeito à diversidade v. intolerância*.<sup>8</sup>

*Universalismo v. relativismo:* A crítica dos relativistas aos universalistas é que estes são etnocêntricos, visto que transformam a concepção da sociedade ocidental, em pertencente ao mundo inteiro. Nesse sentido “a concepção universalista leva a um ‘localismo ocidental globalizado’” (EBERHARD, 2004, p. 164), o qual não permite o enriquecimento intercultural. Assim, a posição relativista torna as diferenças absolutas, uma vez que “está tão profundamente enraizada em ‘nossas diferenças’, que só consegue enxergar essas ‘diferenças’, esquecendo-se completamente de ‘nossas’” (EBERHARD, 2004, p. 164).

*Laicidade estatal v. fundamentalismos religiosos:* É dilema de compreensão essencial, visto que fundamentalismos religiosos reagem a questões LGBT, como no plano internacional, por parte de países islâmicos. A Igreja Católica também tem posição contrária à liberdade de orientação sexual. A laicidade, no entanto, é um dos principais fundamentos dos direitos fundamentais no contexto atual, uma vez que a

<sup>7</sup> “[...] entendido, dentre outras maneiras, como a coexistência de diferentes culturas em um mesmo país, continente ou mesmo na sociedade global” (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Multiculturalismo: o “olho do furacão” no direito pós-moderno. **Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – MESTRADO da URI**, Santo Ângelo, v.1, n.1, p. 161-173, dez. 2006, p. 161.

<sup>8</sup> Desafios conforme PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.



política, a religião e a ciência devem permanecer como dimensões paralelas, que se olham sem se tocarem, sendo, por isso, um dos princípios mais caros.

*Respeito à diversidade v. intolerância:* O respeito à diversidade implica o reconhecimento desta como característica fundamental à teoria dos direitos humanos. Ao atentar-se à diferença, atenta-se à minoria, ao vulnerável, ao excluído. E não se pode esquecer que os direitos humanos são justamente os direitos de minorias contra majorias. Nesse sentido, o direito à igualdade não pode ser visto em seu aspecto meramente formal, mas material, correspondente ao reconhecimento de diferentes identidades e distribuição de recursos (PIOVESAN, 2007).

### 3.1.2. Preconceito e discriminação como uma realidade inegável

O preconceito em face de pessoas homossexuais é chamado de homofobia. Não é difícil perceber a conformidade que existe em relação a manifestações homofóbicas, principalmente se comparadas a outras formas de preconceito e discriminação, como o racismo e o sexismo.

Conforme Roger Raupp Rios, a discriminação, oriunda do preconceito, significa:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social cultural ou em qualquer campo da vida pública (RIOS, 2008, p. 20).

A discriminação manifesta-se de forma direta ou indireta. A primeira é a forma mais perceptível, significando diferenciações realizadas de maneira intencional e consciente, implicando um tratamento desfavorável. Pode ser explícita, ou decorrente do texto que institui determinada medida. Outrossim, pode estar na aplicação do direito, ou, ainda, na concepção, ou seja, na forma como se interpreta determinada lei ou medida. De outro lado, a discriminação indireta corresponde a situações que são aparentemente neutras, porém, em realidade, reproduzem violações à isonomia do tratamento à pessoa humana (RIOS, 2008).



O direito da sexualidade, por sua vez, exige o combate a ambas as formas de discriminação. Todavia, a eliminação da discriminação indireta exige o fim da forma direta, pois “combater os impactos adversos das regulações aparentemente neutras pressupõe superar a discriminação direta contra homossexuais, prática ainda presente no ordenamento jurídico e na mentalidade comum” (RIOS, 2001, p. 30).

### 3.2. O cenário atual

#### 3.2.1. Movimentos sociais e direitos humanos: uma via de mão-dupla

*Se as sociedades se mantêm e vivem, isto é, se os seus poderes não são “absolutamente absolutos”, é porque, por trás de todas as aceitações e coerções, mais além das ameaças, violências e persuasões, há a possibilidade desse momento em que nada mais se permuta na vida, em que os poderes nada mais podem e no qual, na presença dos patibulos e das metralhadoras, os homens se insurgem (FOUCAULT, 2006).*

Após décadas de repressão, e a partir de decisões inovadoras no âmbito internacional, surgem movimentos reivindicadores de seus direitos humanos de igualdade e liberdade sexual, os quais trazem importantes consequências políticas e jurídicas.

Ressalta-se, com base no caráter indivisível dos direitos humanos, que os diferentes motivos de discriminação não podem ser vistos de maneira segregada, ou seja, outras formas de discriminação podem acompanhar aquela por identidade de gênero ou orientação sexual, como as relacionadas à raça, ao sexo e às condições econômicas e sociais. Assim, em uma manifestação pluralista, os movimentos sociais LGBT muitas vezes realizam alianças com outros movimentos, antecipando-se a programas políticos, leis, e até mesmo a resoluções internacionais, exercendo papel de inegável relevância. Desse modo, é extremamente necessária a utilização do princípio democrático<sup>9</sup> como norteador à implementação dos direitos sexuais.

<sup>9</sup> “O princípio democrático [...] na visão contemporânea dos direitos humanos, enfatiza a necessidade de que seja assegurada a efetiva participação e consideração de todos os interesses de todos os sujeitos de direito envolvidos, na identificação de prioridades, na tomada de decisões, no



Nesse discurso social, são utilizadas experiências do cenário internacional para fundamentá-lo. E, “tal discurso, centrado nos conceitos de igualdade, pluralidade e diversidade, tem correspondência nas novas vivências e prioridades das agendas dos movimentos sociais, cada vez mais focalizadas na pessoa humana no seu todo” (SANTOS, A.C.; VIEIRA, P.J., 2004, p. 639).

Por fim, não se pode negar que as causas mais *latas* de direitos humanos, tais como a luta contra o racismo, a proteção às mulheres e aos idosos, vêm abrangendo as causas de orientação de gênero e identidade sexual, abrindo espaço ao desenvolvimento dos direitos sexuais. De outro lado, há uma manifestação coletiva reivindicando os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana independentemente de questão de ordem sexual. E são os direitos humanos que fundamentam esse discurso social, funcionando também como via de legitimação.

### 3.2.2. Possibilidades de maior efetividade aos direitos sexuais e o alcance dos Princípios de Yogyakarta

No atual cenário global, há situações locais muito diversas, sendo que “é justamente na comunidade global em que vivemos hoje que se torna mais clara a extracção cultural específica, histórica e espacialmente localizada, dos direitos humanos como categoria ético-jurídica” (PUREZA, 2004, p. 94-95). Nesse sentido, é bastante delicado o tratamento dos direitos sexuais sob a ótica dos direitos humanos, tendo em vista que certas culturas não reconhecem diferentes orientações sexuais e identidades de gênero.

Flávia Piovesan afirma que “a intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2004, p. 65). Todavia, para que sejam fixados tais padrões mínimos, diretamente ligados ao corolário da dignidade humana, deve se estabelecer um diálogo multicultural, o que, inegavelmente, é bastante desafiador.

---

planejamento, e na própria produção legislativa”. (VENTURA Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145 e 146).



Uma importante contribuição à construção de um direito democrático da sexualidade, com a fixação de padrões mínimos, são os Princípios de Yogyakarta, que correspondem a um conjunto de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. E, apesar de serem de difícil repercussão em países em que a homossexualidade ainda é considerada crime, sua contribuição é inegável e representa uma grande conquista. Até porque, a questão dos direitos sexuais vai muito além da esfera penal.

São vinte e nove princípios, dentre eles os chamados direitos negativos, como o “direito à privacidade”, e outros de caráter positivo, tais como o “direito ao trabalho” e o “direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social”. No princípio n.º 1 está disposto o direito fundamental ao gozo universal dos direitos humanos, pelo qual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos” (INDONÉSIA. Princípios de Yokyagarta, 6 a 9 de novembro de 2006).

#### 4. CONCLUSÃO

Os desafios ao reconhecimento dos direitos sexuais sob a perspectiva dos direitos humanos são muitos, a começar pela própria idéia de direitos humanos, muitas vezes entendida de modo preconceituoso. Outrossim, os fundamentalismos religiosos são grandes desafios, tanto no contexto global, quanto no cenário latinoamericano. Tais fundamentalismos levam à intolerância, mediante uma concepção relativista da teoria dos direitos humanos, gerando discriminações. Porém, diante da internacionalização dos direitos humanos, não cabe aos Estados limitarem-se apenas à jurisdição nacional, mas sim, estabelecer reconhecimento e enriquecimento mútuos.

O cenário do direito internacional está se abrindo às questões relacionadas ao direito da sexualidade, sendo que as decisões judiciais principiam pelo



reconhecimento dos direitos em face do Estado. No contexto nacional, de outro lado, a proliferação jurisprudencial ligada ao tema demonstra a busca por direitos positivos, por parte do Estado. Ainda, evidencia-se a concepção democrática da Constituição, centrada no princípio da dignidade humana. Todavia, faz-se necessária interpretação que leve à sua maior efetividade, perpassando as dimensões pública e privada, levando a uma concepção integrada de justiça.

Ainda, não se pode olvidar o papel intenso dos movimentos sociais, que possuem múltiplas interligações com as causas mais *latas* de direitos humanos, caracterizando a era atual como de interesses e reconhecimentos muitas vezes compartilhados. Desta forma, o direito democrático da sexualidade constrói-se alicerçado nas manifestações sociais, idéia que deve transferir-se com maior força às interpretações jurídicas, à legislação e à jurisprudência. Vive-se então, talvez utopicamente, não esperando, mas lutando pelo dia em que os direitos humanos sejam reconhecidos de forma concretamente universal, independentemente da orientação sexual e da identidade de gênero. Afinal, como ensina Boaventura de Souza Santos, referindo-se a uma concepção multicultural dos direitos humanos, “é-o certamente, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência séria” (SANTOS, 2004, p. 273).

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Assassinato Homossexuais no Brasil: 2008. Relatório Anual do Grupo Gay da Bahia. **Grupo Gay da Bahia**, Bahia, 13 abr. 2009. Disponível em <[http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil\\_2008\\_pressRelease.html](http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil_2008_pressRelease.html)>. Acesso em: 10 set. 2009.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Declaração nº A/63/635**, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em



<[http://www.abglt.org.br/port/declaracao\\_conjunta\\_63\\_635.html](http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html)>. Acesso em 11 set. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 395904-RS**. Sexta Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 20 set. 2009.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592 - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em 15 set. 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 73, p. 379-419, jul. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARRARA, Sérgio. **Sexualidade, religião e Estado laico**. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/publique/media/sexualidade\\_religiao\\_e\\_estado\\_laico.pdf](http://www.clam.org.br/publique/media/sexualidade_religiao_e_estado_laico.pdf)>. Acesso em 17 set. 2009.

Casal homossexual não consegue registrar bebês. **Revista Consultor Jurídico**, 11 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-11/casal-homossexual-nao-direito-registrar-bebes-duas-maes>>. Acesso em 20 set. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza Cruz. **O Direito à Diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 80.



DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 19.

EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica. In: BALDI, Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ESTRASBURGO. European Court of Human Rights. **Case of Dudgeon v, United States, application nº 7525/76**, 22 de outubro de 1981. Disponível em <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695350&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>. Acesso em 14 set. 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. La Construcción de Las Garantías. Hacia Una Concepción Antipatriarcal de La Libertad Y La Igualdad. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Ética, Sexualidade, Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GOLIN, Célio. Efeitos jurídicos das uniões homossexuais. In: **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos**. Porto Alegre: Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

INDONÉSIA. **Princípios de Yogyakarta**, Yogyakarta, 6 a 9 de novembro de 2006. Disponível em: <[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf)>. Acesso em 19 set. 2009.

*Lawrence v. Texas*: States may not prohibit private homosexual activity between consenting adults. **Duke University School of Law**. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/commentary/lawvtex>>. Acesso em 14 set. 2009.



MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2004.

Movimento muda de sigla de "GLBT" para "LGBT". **CLAM**, 9 jun. 2008. Disponível em:  
<[http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=\\_EN&infoid=4269&sid=2](http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_EN&infoid=4269&sid=2)>. Acesso em 20 set. 2009.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. Multiculturalismo: o "olho do furacão" no direito pós-moderno. **Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – MESTRADO da URI**, Santo Ângelo, v.1, n.1, p. 161-173, dez. 2006.

PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei 11.872**, de 19 de dezembro de 2002. Disponível em:  
<<http://www.abglt.org.br/port/leiest11872.htm>>. Acesso em 15 set. 2009.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a Compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por Motivo de Sexo. In:



SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano**. Disponível em:  
<<http://www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf>>. Acesso em 16 set. 2009.

\_\_\_\_\_. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ROMA. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 4 de novembro de 1950. Disponível em  
<<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em 14 set. 2009.

SANTOS, A. C.; VIEIRA, P. J. Do outro lado da ponte: movimentos sexuais e direitos humanos no século XXI. In: BALDI, Augusto. BALDI, Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. Os direitos humanos no Brasil. In: TUBENCHLAK, J.; BUSTAMANTE, R. (Coord.) **Livro de estudos jurídicos**, v. 6, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

U.S. Suprema Corte. **Bowers v. Hardwick**, **478 U.S. 186**, 30 de junho de 1986. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/478/186/case.html>>. Acesso em 14 set. 2009.

