

UM ESTATUTO PARA A DIVERSIDADE SEXUAL

*Maria Berenice Dias**

SUMÁRIO: Emendas Constitucionais. Discriminação. Licença-Natalidade. Casamento e União Estável. Estatuto da Diversidade Sexual. A Construção de um Microsistema. Nomes e Nomenclaturas. Objeto e Objetivos. Princípios. Direito à Livre Orientação Sexual. Direito à Igualdade e à Não Discriminação. Direito à Convivência Familiar. Direito à Identidade de Gênero. Direito à Saúde. Direitos Previdenciários. Direito à Educação. Direito ao Trabalho. Direito à Moradia. Acesso à Justiça e à Segurança. Dos Meios de Comunicação. Relações de Consumo. Dos Delitos e das Penas. Políticas Públicas. Legislação Infraconstitucional.

O último censo revelou a existência de 60 mil famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Às claras que esse número não quantifica as pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis, e transgêneros, identificadas pela sigla LGBT. Em face do enorme preconceito de que são alvo, da perseguição que sofrem, da violência de que são vítimas, não há como pretender que revelassem ao recenseador a natureza de seus vínculos afetivos. Ao depois, sequer foi questionada a identidade sexual das pessoas residentes no imóvel.

Ainda que imensurável, é impossível condenar parcela da população à invisibilidade, deixando-a à margem da tutela jurídica. Desta realidade tomou consciência a Justiça quando, há mais de uma década, passou a reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar. De tão reiteradas algumas decisões, direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio-reclusão; o pagamento do seguro DPVAT; e a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda e a soma do rendimento do casal para a concessão de financiamento imobiliário foi regulamentada.

Como os avanços começaram no âmbito da Justiça, surgiu a necessidade de qualificar os profissionais para atender a crescente demanda deste segmento na busca

* Advogada; Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB; Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM – www.mbdias.com.br; www.mariaberenice.com.br; www.direitohomoafetivo.com.br.

de direitos, o que levou a Ordem dos Advogados a criar Comissões da Diversidade Sexual em todos os cantos do Brasil.

De outro lado, em face da falta de um sistema integrado de divulgação da jurisprudência, sempre houve enorme dificuldade de acesso às decisões de juízes e tribunais. Por isso, as Comissões assumiram o compromisso de amearhar os julgados de todas as justiças e graus de jurisdição. O resultado foi surpreendente, o que ensejou a construção de um portal¹ que permitiu quantificar as quase duas mil decisões que garantem direitos no âmbito do direito das famílias, do direito sucessório e previdenciário. Lá também são noticiados os avanços na esfera da administração pública e na iniciativa privada, no âmbito federal, estadual e municipal.

Este levantamento em muito contribuiu para o julgamento do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar duas ações constitucionais², reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. A decisão, além de ter efeito vinculante e eficácia perante todos, desafiou o legislador a inserir a população LGBT no sistema jurídico. Afinal, nunca nenhum projeto de lei ou proposta de emenda constitucional logrou ser votado – e muito menos aprovado – por qualquer das casas legislativas. Sempre prevaleceu o medo escudado em alegações de ordem religiosa, o preconceito disfarçado em proteção à sociedade.

No entanto, era chegada a hora de dar um basta à hipocrisia e alguém precisava tomar a iniciativa. Ninguém mais poderia aceitar este grande desafio do que os advogados deste país. Afinal, foram os precursores de todos os avanços, provando que são mesmo indispensáveis à administração da Justiça, como reconhece a Constituição Federal. Foram eles que ousaram bater às portas do Poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação.

Comprometido com a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assumiu a missão quase impossível de elaborar um projeto legislativo e promover uma ampla revisão da legislação infraconstitucional para assegurar os direitos que já vinham sendo reconhecidos, tanto no âmbito jurisprudencial como na esfera administrativa.

Em audiência pública, realizada no dia 22 de março de 2011, foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual³, integrada por profissionais

1 Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br>.

2 ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011.

3 Portaria nº 16/2011, de 15 de abril de 2011, Composição: Maria Berenice Dias (RS) – Presidenta. Integrantes: Adriana Galvão Moura Abílio (SP); Jorge Marcos Freitas (DF); Marcos Vinicius Torres Pereira (RJ) e Paulo Tavares Mariente (SP). Consultores: Daniel Sarmento (RJ); Luís Roberto Barroso (RJ); Rodrigo da Cunha Pereira (MG) e Tereza Rodrigues Vieira (SP).

que, pelas suas trajetórias de vida, gozam do respeito e do reconhecimento da comunidade científica. A eles foi delegada a difícil tarefa de consolidar um conjunto de normas e regras que servisse para aperfeiçoar o sistema legal, de modo a acolher parcela significativa da população que, injustificavelmente, se encontra alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 50 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB, já instaladas, ou em vias de instalação. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, que encaminharam cerca de duas centenas de propostas e sugestões.

Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, que o encaminhou à apreciação do Conselho Federal, sob a relatoria do Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro. O Relator levou-o a julgamento no dia 19 de setembro, apresentando minucioso parecer pela sua aprovação. Conclui o voto: “apoiar a proposta de Emenda Constitucional e o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela ilustrada Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB significa contribuir em nosso País para uma histórica sublimação na disciplina jurídica aplicável às igualdades e à rejeição dos preconceitos e discriminações que infelicitam o espírito humano. Por estar convencido da oportunidade, da necessidade e da excelência do trabalho apresentado, com as mínimas ponderações de início aduzidas, voto no sentido da sua aprovação, a fim de que o mesmo, por iniciativa de nossa augusta Casa dos Advogados, possa seguir o curso da aprovação que considero justo e desejável mediante a tramitação devida junto ao Congresso Nacional”.

Concedido prazo para emendas, foram apresentados quatro destaques, nenhum deles contrário à sua aprovação. Assim, tão logo votado, deverá ser encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, pois o Conselho Federal da OAB dispõe de legitimação ativa universal, dispensada comprovação da pertinência temática⁴.

Deste modo, a Ordem dos Advogados do Brasil, ao elaborar o Estatuto da Diversidade Sexual – o mais arrojado anteprojeto deste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado e alcance –, mais uma vez assume o destacado compromisso que desempenhou no processo de democratização do país e em todas as demais lutas que enfrentou em defesa do Estado e do direito dos cidadãos.

4 Parágrafo único do art. 5º e § 2º do art. 7º do Ato nº 1/06, que regulamenta o art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal, alterado pela Resolução nº 1, de 2005.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Uma vez que a Constituição prioriza o respeito à dignidade e consagra a liberdade e a igualdade como princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito, indispensável que, modo expresso, vete a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero; assegure os direitos decorrentes da homoparentalidade e reconheça a família homoafetiva como entidade familiar.

Como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados não tem legitimidade para propor emendas, em 23 de agosto de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual entregou à Senadora Marta Suplicy a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal.

Em 19 de setembro, o Conselho Federal da OAB, acolheu o voto do Relator, Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro, ratificando e ampliando a proposição original de emendar a Constituição.

O projeto deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional. Uma proíbe discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substitui a licença-maternidade e a licença-paternidade pela licença-natalidade, a ser concedida indistintamente a qualquer dos pais. Ambas já se encontram na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional⁵. A terceira proposta, que explicita a possibilidade do casamento e o reconhecimento da união estável aos vínculos homoafetivos, aguarda a colheita de assinaturas pelo Deputado Federal Jean Willys.

Todos esses são direitos que precisam constar na Carta Constitucional, sob pena de se comprometer a própria estrutura do Estado, que tem por fim a proteção de seus cidadãos. De todos eles.

Afinal, ninguém duvida que todos são iguais perante a lei.

DISCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal é cuidadosa em vetar qualquer forma de discriminação, referência que se encontra inclusive no seu preâmbulo, ao garantir uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

Ao identificar os objetivos fundamentais da República, a chamada Lei Maior assume o compromisso de promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. No entanto, olvidou-se o constituinte de proibir, modo expresso, discriminação em decorrência da orientação

5 PECs ns. 110 e 111, de 08.11.2011.

sexual ou identidade de gênero. Esta omissão gera um sistema de exclusão incompatível com os princípios democráticos de um estado igualitário, deixando número significativo de cidadãos fora do âmbito da tutela jurídica. Diante deste imperdoável silêncio, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais são reféns de toda a sorte de violência. Como não estão ao abrigo da legislação que criminaliza a discriminação, as perseguições de que são vítimas restam impunes. Esta é a causa maior e a pior consequência da homofobia.

Daí a indispensabilidade de inserir as expressões orientação sexual ou identidade de gênero no art. 3º, inciso IV⁶, e no art. 5º, inciso XLI⁷, da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBT precisa ter sua identidade respeitada, escancarando a necessidade de criminalizar os delitos fruto da intolerância homofóbica.

A vedação de discriminação também precisa chegar ao ambiente de trabalho, como forma de dar efetividade ao princípio isonômico nas relações laborais. Assim, é necessária a alteração do inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal⁸, proibindo diferenças salariais e a adoção de critérios diferenciados para a admissão e o exercício de funções laborais, em razão da identidade de gênero ou orientação sexual.

LICENÇA-NATALIDADE

Duas ordens de motivação ensejaram a proposta de acabar com o tratamento diferenciado a mães e pais. Cada vez mais se valoriza a paternidade responsável, assegurando aos genitores os mesmos direitos e impondo a ambos os deveres inerentes ao poder familiar. Deste modo, é indispensável consagrar a igual responsabilidade parental. Nada justifica a concessão da licença de quatro meses para a mãe e, ao genitor, somente escassos cinco dias. Daí a necessidade de se adotar a licença-natalidade.

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais com base em raça, sexo, cor, origem, idade, orientação sexual ou identidade de gênero;

8 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil;

A exemplo das legislações de muitos países, a proposta é eliminar tanto a licença-maternidade como a licença-paternidade, assegurando, de forma indistinta, licença-natalidade, com prazo de duração de seis meses. Este é período já reconhecido para assegurar o melhor desenvolvimento da criança, que terá direito à presença de um de seus pais, da maneira que seja mais conveniente a eles.

Esta é a justificativa da proposta de alteração dos incisos XVIII e XIX do art. 7º da CF⁹, para assegurar licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias.

Durante os 15 primeiros dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é usufruída a ambos os pais. No período subsequente, por qualquer deles, de forma não cumulativa, segundo deliberação do casal.

Como o benefício independe do sexo do genitor, eliminam-se os inúmeros questionamentos que surgem frente à homoparentalidade, quando o beneficiado é um homem, ou é um casal masculino ou feminino. Cessam as dúvidas sobre a quem conceder a licença e por quanto tempo, nas hipóteses de adoção ou reconhecimento da dupla parentalidade por casais homoafetivos.

A igualdade de oportunidade a ambos vem em benefício da própria família, pois se estende a todos, independente da orientação sexual dos pais.

Outro ganho significativo é reduzir a discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, pois, a possibilidade da gravidez muitas vezes dificulta a inserção profissional.

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Por dever de justiça há que se louvar a corajosa e sensível decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 5 de maio de 2011, à unanimidade, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. O histórico julgamento garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis.

9 CF, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII – licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias;

XIX – durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença é assegurada a ambos os pais. O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

Deu ao art. 1.723 do Código Civil¹⁰ interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”¹¹.

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado¹², inúmeros juízes e tribunais passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o STJ¹³, em decisão não menos louvável, garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante o Registro Civil. A partir desses antecedentes, vários Tribunais estão normatizando os procedimentos – quer para o casamento direto, quer por conversão – a serem adotados pelos registros públicos, sendo dispensada a via judicial.

Essas mudanças precisam ser inseridas na Constituição Federal, dando-se nova redação ao § 1º do art. 226¹⁴, para explicitar a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual¹⁵.

Também é necessário substituir a equivocada referência a “homem e mulher”, constante do § 3º do mesmo art. 226¹⁶, para acabar com a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas como entidade familiar¹⁷.

Somente reconhecendo a união estável e garantindo acesso ao casamento aos vínculos homoafetivos estará assegurada a extensão de todos os direitos e garantias fundamentais à população LGBT.

10 CC, art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

11 Ofício 81/P-MC, datado de 09.05.2011, expedido pelo Presidente Ministro Cezar Peluso, aos Presidentes de todos os Tribunais: Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime, julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

12 CF, art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

13 STJ, REsp 1.183.378 – RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

14 CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

15 CF, art. 226, § 1º É admitido o casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual.

16 CF, art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

17 CF, art. 226, § 3º É reconhecida a união estável entre duas pessoas como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Para uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos, nada, absolutamente nada, justifica a omissão do sistema jurídico frente à população formada por lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais. Assim, urge a aprovação de uma lei que assegure a essa significativa parcela de cidadãos o direito à vida; à integridade física e psíquica e à inclusão social. Também é indispensável o reconhecimento legal de seus vínculos afetivos o que, nada mais é do que a garantia do direito fundamental à felicidade. Um direito de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

A CONSTRUÇÃO DE UM MICROSSISTEMA

A técnica mais moderna de inclusão de segmentos alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica é por meio da construção de microssistemas: lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

O Estatuto assegura o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, Sucessório, Previdenciário e Trabalhista. Além de criminalizar a homofobia são apontadas políticas públicas de inclusão, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais. Em anexo são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados, acrescentados ou suprimidos, única forma a harmonizar todo o sistema legal.

Os direitos previstos no Estatuto não excluem outros que tenham sido ou venham a ser adotados no âmbito federal, estadual ou municipal e nem os decorrentes das normas constitucionais e legais vigentes no país ou oriundos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

NOMES E NOMENCLATURAS

A primeira controvérsia que surgiu quando da elaboração do Anteprojeto do Estatuto foi a respeito do seu nome. As sugestões de chamá-lo de “Estatuto da Diversidade” ou “Estatuto da Igualdade” foram descartadas por não destacar que se trata da tutela de parcela específica da população.

Existiram focos de resistência ao uso do vocábulo “diversidade”, que, por ressaltar o aspecto de diferença, poderia ter um significado pejorativo. No entanto,

como a expressão também significa diverso, de outro jeito, conceito sem conotação preconceituosa, foi a opinião que prevaleceu.

Outra decisão alvo de enormes debates foi não definir o que seja sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero e nem os sujeitos aos quais o Estatuto se destina: homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais. Além de a lei não ser o espaço adequado para trazer definições ou conceitos, estas são expressões que não dispõem de significado unívoco.

Ainda assim, houve a preocupação de referir o maior número de segmentos, da forma mais explícita possível. Optou-se por falar em “homossexuais” ao invés de “gays”, estrangeirismo que, em sua origem, não identifica a orientação homossexual. Apesar de a expressão “homossexual” não dizer exclusivamente com a população masculina, a inclusão do termo “lésbicas” atendeu a antiga reivindicação, para que seja assegurada mais visibilidade ao gênero feminino. Mas, como se trata de expressão contida no termo generalizante, foi inserida em segundo lugar e não como figura na sigla LGBT.

O vocábulo transgênero – originalmente utilizado para englobar transexuais e travestis – sempre ensejou muita polêmica, por serem inconfundíveis as características de duas modalidades identidades de gênero. Apesar disso, o termo foi inserido no Estatuto por definir as pessoas que mudam transitoriamente de identidade, sendo assim identificados *drag queens* e *cross-dressers*.

A referência aos intersexuais – que antes recebiam o nome de hermafroditas – justifica-se por inexistir qualquer regulamentação ou regra protetiva a quem nasce com características sexuais indefinidas.

OBJETO E OBJETIVOS

No seu primeiro dispositivo o Estatuto diz a que vem: promover a inclusão de todos, combater a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia.

Também identifica a quem visa proteger, para que lhes seja assegurado igual dignidade jurídica: heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

A referência à heterossexualidade não significa que o Estatuto abriga todas as condutas sexuais e as mais diversas expressões da sexualidade, amplitude que não se comporta em uma lei que tem por justificativa a proteção da identidade homossexual e seus relacionamentos afetivos.

PRINCÍPIOS

Como toda a legislação que se destina a tutelar segmento determinado, exposto a alguma espécie de vulnerabilidade, exclusão ou discriminação, indispensável a identificação dos princípios que a rege.

Daí a consagração, como princípios fundamentais na interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito à diferença. Também são erigidos como princípios: a livre orientação sexual; o respeito à intimidade; a privacidade; a autodeterminação; e o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero.

No âmbito das relações vivenciais são consagrados como princípios, o direito à convivência comunitária e familiar, à liberdade de constituição de família e de vínculos parentais.

Mas talvez o mais significativo princípio seja o que diz com o direito fundamental à felicidade, que merece estar previsto na própria Constituição Federal, como princípio fundante do Estado, pois se trata de direito que deve ser garantido a todos os cidadãos. Além de incorporadas as normas constitucionais consagradoras de princípios, garantias e direitos fundamentais, são invocadas as normas constantes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e, expressamente, é imposto respeito aos Princípios de Yogyakarta.

DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Consagrado o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero como direitos fundamentais, é assegurado a todos o direito de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

Em face da inviolabilidade de consciência e de crença são proibidas práticas que obriguem alguém a revelar, renunciar, negar ou modificar sua identidade sexual. Cada um pode conduzir sua vida privada, sem pressões de qualquer ordem, garantia que alcança não só a própria pessoa, mas qualquer membro da sua família ou comunidade.

Também é vedada a incitação ao ódio ou comportamentos que puguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, condutas que, inclusive, são criminalizadas.

DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da igualdade compreende o direito à diferença e a proibição à discriminação. Daí a necessidade da expressa referência à vedação de atitudes cons-

tragedoras, intimidativas ou vexatórias que tenham por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas da população LGBT.

De forma exemplificativa são identificadas como discriminatórias algumas posturas: proibir o ingresso ou a permanência em estabelecimento público ou estabelecimento privado aberto ao público; prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei; preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; dificultar ou impedir locação, compra, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; proibir expressões de afetividade em locais públicos, sendo as mesmas manifestações permitidas aos demais cidadãos.

Tais práticas, além de configurarem crime de homofobia, geram responsabilidade por danos materiais e morais.

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Afirmado o direito à constituição da família, independente da orientação sexual ou identidade de gênero de seus membros, de forma expressa a família homoafetiva goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões.

Além de o companheiro estrangeiro ter direito à concessão de visto de permanência, é admitido o reconhecimento do casamento, da união civil e da união estável formalizados em países estrangeiros.

O direito à constituição de família alcança também os vínculos homoparentais, quer individualmente, quer pelo casal homoafetivo frente aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos.

Como os pares com a mesma identidade sexual não dispõem de capacidade procriativa, é garantido acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, de forma individual ou conjunta, sendo admitido o uso de material genético do casal para práticas reprodutivas.

Também é assegurada a guarda, a adoção, a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes, fazendo qualquer dos pais jus à licença-natalidade, com duração de cento e oitenta dias. A licença é usufruída durante os 15 primeiros dias por ambos os pais e, no período subsequente, por qualquer deles de forma não cumulada.

Quando ocorre a separação do casal, o exercício do poder familiar é garantido a ambos os genitores, devendo ser estabelecida a obrigação alimentar e assegurado o direito de convivência, havendo preferência pela guarda compartilhada.

A proibição de os pais expulsarem de casa ou discriminarem o filho em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero gera obrigação indenizatória, além da responsabilidade por abandono material quando o filho for menor de idade.

DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

A livre expressão da identidade de gênero é reconhecida a transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, que têm direito ao uso do nome social, independente da realização da cirurgia de redesignação sexual ou da alteração do nome registral.

O direito à retificação do nome e da identidade sexual no Registro Civil independe da realização da cirurgia de transgenitalização.

O uso do nome social é garantido nos estabelecimentos de ensino, devendo constar em todos os registros acadêmicos.

Igual garantia é assegurada nas relações de trabalho, devendo o nome social ser inserido na Carteira de Trabalho e nos assentamentos funcionais.

Para a adequação do sexo morfológico à identidade de gênero é garantida a realização dos procedimentos de hormonoterapia e transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Havendo indicação terapêutica de equipe médica e multidisciplinar, procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação à identidade de gênero podem iniciar a partir dos 14 anos de idade, mas a cirurgia de redesignação sexual somente pode ser realizada a partir dos 18 anos.

É vedada a realização de qualquer intervenção médico-cirúrgica de caráter irreversível para a determinação de gênero em recém-nascidos e crianças diagnosticadas como intersexuais.

Em todos os espaços públicos e abertos ao público é assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade de gênero.

DIREITO À SAÚDE

A necessidade de capacitação de médicos, psicólogos e demais profissionais da área de saúde para atender a população LGBT visa impedir a utilização de instrumentos e técnicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou ações que favoreçam a patologização de comportamentos ou práticas homossexuais.

De forma expressa, são proibidas promessas de cura ou de reversão da identidade sexual, bem como ações coercitivas para que alguém se submeta a tratamentos não solicitados.

A orientação sexual ou identidade de gênero não podem ser usadas como critério para seleção de doadores de sangue, sendo proibido questionar a orientação sexual de quem se apresenta voluntariamente como doador.

DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

São garantidos direitos previdenciários de forma universal. As instituições de seguro ou previdência públicas ou privadas não podem negar qualquer espécie de benefício em face da orientação sexual ou identidade de gênero do beneficiário.

Do mesmo modo, os planos de saúde não podem impedir ou restringir a inscrição como dependente do cônjuge ou do companheiro homoafetivo do beneficiário.

DIREITO À EDUCAÇÃO

É proibido o uso de materiais didáticos e metodologias que reforcem a homofobia, o preconceito e a discriminação.

Os estabelecimentos de ensino devem coibir, no ambiente escolar, a prática de *bullying* por orientação sexual ou identidade de gênero do aluno ou pelo fato de pertencer a uma família homoafetiva.

As atividades escolares referentes a datas comemorativas precisam atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento aos alunos filhos de famílias homoafetivas.

Os professores devem ser capacitados para uma educação inclusiva, com o objetivo de elevar a escolaridade em face da identidade sexual dos alunos ou de seus pais, com o fim de reduzir a evasão escolar.

DIREITO AO TRABALHO

O acesso ao mercado de trabalho é assegurado a todos, sendo vedado inibir o ingresso, proibir a admissão ou a promoção no serviço público ou privado, em função da identidade sexual do servidor.

Também é proibido demitir ou estabelecer diferenças salariais entre empregados ou servidores que ocupem o mesmo cargo e desempenhem iguais funções, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

A administração pública e a iniciativa privada devem adotar programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda, além de promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional dos servidores e empregados travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade, e visando assegurar igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, é adotado o sistema de cotas a travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais, para ingresso no serviço público. Empresas e organizações privadas serão incentivadas a adotar medidas similares.

DIREITO À MORADIA

Como o direito à moradia tem assento constitucional, é proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da identidade sexual do adquirente ou do locatário.

Também é assegurada a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional na aquisição da casa própria.

É afirmada a responsabilidade por dano moral da administração do imóvel ou condomínio que for omissa em inibir conduta que configure prática discriminatória nas áreas de uso comum.

ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

As demandas que tenham por objeto a exigibilidade dos direitos previstos no Estatuto devem tramitar em segredo de justiça, sendo obrigatória, para fins estatísticos, a identificação da natureza das ações.

As ações não criminais são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados pelas Câmaras Especializadas de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

Devem ser criadas delegacias especializadas para o atendimento de denúncias por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Às vítimas de discriminação é garantida assistência, acolhimento, orientação e apoio, quando da apuração de práticas delitivas.

O encarceramento no sistema prisional deve atender à identidade sexual do preso, ao qual é assegurada cela separada se houver risco à sua integridade física ou psíquica.

É garantida visita íntima sem qualquer diferenciação quanto à identidade sexual ou de gênero do preso.

DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Os meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, peças publicitárias, internet e redes sociais devem assegurar respeito à diversidade sexual, não podendo fazer qualquer referência de caráter preconceituoso ou discriminatório em face da população LGBT.

Constitui prática discriminatória publicar, exhibir a público, qualquer aviso, sinal, símbolo ou emblema que incite a intolerância.

RELAÇÕES DE CONSUMO

São práticas discriminatórias sujeitas a sanções penais impedir acesso a estabelecimento público ou aberto ao público, assim como impor restrições no fornecimento de bens ou prestação de serviços ao consumidor, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados têm o dever de capacitar seus funcionários e empregados para evitar manifestações discriminatórias.

DOS DELITOS E DAS PENAS

Ainda que significativos tenham sido os avanços no âmbito do Poder Judiciário na de concessão de direitos, é indispensável previsão legal para que a homofobia seja punida criminalmente. É mais do que conhecido o princípio de que ninguém pode ser condenado pela prática de um ato sem que haja lei anterior que o defina como crime.

Desde 2006, projeto de lei – ora sob o nº PLC 122 – tenta criminalizar a homofobia. Apesar de ter sido aprovado na Câmara Federal, no Senado não avança. Foram apresentadas tantas alterações e emendas que o projeto restou desconfigurado. Eis a justificativa para a incorporação dos seus dispositivos ao Estatuto.

Com pena de reclusão de 2 a 5 anos, são punidas condutas discriminatórias, bem como toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No âmbito das relações de trabalho gera responsabilidade criminal deixar de contratar alguém, dificultar a contratação ou negar ascensão profissional a cargo ou função, motivado por preconceito de sexo.

Está sujeito à mesma apenação o responsável pelo estabelecimento comercial que recusar, impedir acesso ou negar atendimento a alguém em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O Estatuto cria uma agravante genérica, elevando em um terço a pena de quem pratica delito em que ficar evidenciada motivação homofóbica.

Além da criminalização da homofobia, é proposta a alteração de cinco dispositivos da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89), incluindo em todos os tipos penais as expressões: gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

POLÍTICAS PÚBLICAS

Não basta a lei prever direitos. Para garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Daí a necessidade de adoção de uma série de políticas públicas no âmbito da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Por isso a imposição de 34 medidas que promovam a igualdade de oportunidades no acesso à saúde, educação, emprego e moradia, as quais devem constar, inclusive, nos Planos Plurianuais e dos Orçamentos Anuais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como é garantido acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, é indispensável o investimento em recursos humanos dos profissionais da área de saúde para acolherem a população LGBT em suas necessidades e especificidades.

Imposto aos profissionais da educação o dever de abordar as questões de gênero e sexualidade sob a ótica da diversidade sexual, cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva.

Em face da significativa evasão escolar, se fazem necessárias ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

Para assegurar a igualdade de oportunidades na inserção no mercado de trabalho, é indispensável a adoção de programas de formação profissional, de emprego e geração de renda voltados à população LGBT.

Também é necessária a promoção de campanhas com o objetivo de promover a qualificação profissional de travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

É imposta à administração pública e incentivada à iniciativa privada adotar sistema de cotas a travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais.

Assegurado acesso das entidades familiares homoafetivas para a aquisição da casa própria, é garantida a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional, devendo o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social considerar suas peculiaridades sociais e econômicas.

Os entes federados devem estimular e facilitar a participação de organizações e movimentos sociais na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS.

Também devem ser implementadas ações de ressocialização e proteção da juventude em conflito com a lei que esteja exposta a experiências de exclusão social em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados devem capacitar seus funcionários para melhoria de atenção e acolhimento das pessoas, evitando qualquer manifestação de preconceito e discriminação sexual.

Para garantir a integridade física, psíquica, social e jurídica da população LGBT em situação de violência, várias medidas são impostas, como a criação de centros de referência contra a discriminação e de atendimento especializado na estrutura nas Secretarias de Segurança Pública, bem como a capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários.

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A discriminação que existe na sociedade sempre contaminou o próprio legislador, o qual, além de negar-se a aprovar leis que assegurem direitos, não perde a oportunidade de carimbar a legislação com o seu preconceito, fazendo uso das expressões “homem e mulher”, “pai e mãe”, quando trata da família.

Assim, além da alteração da Constituição Federal e a consolidação dos direitos em uma única lei, mister também adequar a legislação infraconstitucional ao novo sistema normativo.

Deste modo é proposta alteração das seguintes leis: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.656/1942); Código Civil; Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); Lei nº 8.560/92; Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943); Legislação Previdenciária (Lei nº 8.213/99 e Decreto nº 3.048/99); Estatutária (Lei nº 8.112/90) e Tributária (Decreto nº 3.000/99). Também, do Código Penal; Código de Processo Penal e Lei das Execuções Penais; Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89); Código Penal Militar e o Estatuto dos Militares. As Leis ns. 6.815/80; 8.560/92 e 9.029/95 precisam ser alteradas e a Lei nº 11.770/78, revogada.