

**DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO E DIVERSIDADE SEXUAL***HUMAN RIGHTS EDUCACION AND SEXUAL DIVERSITY*

*Cláudia Mansani Queda de TOLEDO<sup>1</sup>*  
*Lúcia Helena Polleti BETTINI<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Desde 17 de maio de 1990, com a retirada do CID – Classificação Internacional de Doenças, da homossexualidade pela Organização Mundial da Saúde, que esta data passa a ter um significado para milhões de pessoas no mundo pois, é uma primeira movimentação para se afastar as práticas homofóbicas, tão constantes e banalizadas. A intolerância, a discriminação, a violência e a opressão fazem parte de um agir nos últimos anos em vários locais, sendo que, em alguns Estados, tais práticas são legalizadas e até consentidas por muitos, o que não pode prevalecer. Nesse contexto, o presente artigo estuda e aborda os direitos humanos e o tratamento conferido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a todas as pessoas, ou seja, reconhece-se a dignidade inerente a todos os membros da família humana, sendo todos dotados de liberdade e igualdade, nos moldes do preâmbulo e artigo 1º da Declaração. O que se almeja é a expansão da proteção a todos, a universalidade, independente de suas escolhas pessoais e afetivas. Essa questão da vida social tem sido pauta constante de matérias jornalísticas e recorrentes pedidos judiciais, especialmente pela ADO 26/DF.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Universalidade. Igualdade e Dignidade Humana.

**INTRODUÇÃO**

Os anos 1970 no Brasil foram marcados por pautas de discussão de um tema que ainda hoje permanece no cotidiano dos brasileiros, a violência contra a mulher. Nesse momento surgiram de maneira constante, tanto na vida acadêmica como na militância feminista, as grandes discussões e produção científica com a intenção ex-

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008); doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, 2012); docente nas áreas de Direito Constitucional, com ênfase na área de Direito à Educação, Direitos Humanos e Metodologia da Pesquisa Científica e Metodologia do Ensino Superior; sócia e coordenadora do escritório Toledo e Mesquita Sociedade de Advogados, em Bauru e São Paulo; docente nos cursos de graduação, pós-graduação lato e stricto sensu no curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino; reitora do Centro Universitário de Bauru. Endereço eletrônico: quedatoledo@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5299-345X>.

<sup>2</sup> Doutora em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2009); mestre em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, 2004); professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM e integra o núcleo do Direito do Estado e também do Centro de Comunicações e Letras da UPM; professora da Escola de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS; sócio-membro do IBDC; advogada em São Paulo. Endereço eletrônico: [lhpbettini@uol.com.br](mailto:lhpbettini@uol.com.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9011-5367>.

<https://doi.org/10.36311/2236-5192.2020.v21esp.02.p9>

plícita de trazer a igualdade e afastar a violência contra a mulher, o que ainda hoje permanece pois, infelizmente, as notícias atuais são em número muito elevado e em tempo real, desvendam uma triste e cruel realidade, ainda hoje tais práticas contra a mulher acontecem com muita naturalidade, ademais das discussões estarem no ambiente acadêmico e a militância espalhada inclusive no plano governamental, vez que há legislação farta para a implementação da igualdade e afastamento de todas as formas de violência praticadas contra a mulher e políticas públicas temáticas.

Ainda estamos na busca da igualdade de oportunidades e de inclusão em vários ambientes, sejam eles da vida privada ou da vida pública, o protagonismo feminino e empoderamento feminino, com a consequente ocupação de papéis sociais, já foi muito alterado, mas ainda carece de muitas políticas capazes de influenciar nessa modificação de ordem política, social e cultural.

O que se pode concluir desse período que já se soma em quase cinquenta anos, é que há a necessidade de se cuidar do tema como pauta educacional, portanto, ao lado dos pais ou responsáveis pelas crianças e adolescentes, deve haver a continuidade ou, infelizmente, pela primeira vez, a escola voltada para a educação em Direitos Humanos e a implementação da igualdade e respeito ao humano.

Ocorre que, com a redemocratização e com o advento da Constituição de 1988, dois valores muito caros aos brasileiros e a todos que vivenciam os Estados Democráticos de Direito, liberdade e igualdade, foram amplamente afirmados e imantados nas vivências interpessoais e, a partir de então, as escolhas relacionadas à sexualidade e à afetividade, passam a ser aos poucos publicizadas e também discutidas com regularidade no ambiente acadêmico e na militância, não mais feminista, mas focada na preservação desses valores.

Hoje as pautas de discussão de igualdade e violência não têm a mulher como única destinatária, mas também os gays, as lésbicas, os bissexuais e trans são as vítimas dessas diversas práticas de fobia ao humano, de discriminação e com muita violência e agressão. Relembrando Edgard Morin, precisamos humanizar o humano, pois realmente o contexto apresentado, foge muito da condição humana esperada e consequente dignidade que lhe é inerente.

Somente por meio de políticas educacionais que afirmem o respeito ao humano independente de qualquer condição ou característica, vamos modificar o panorama vigente que exclui e marca como o nazismo também já o fez, para a morte, no caso, física ou social das minorias.

## **1 – A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS LIBERDADES E IGUALDADE**

O pós-Segunda Guerra Mundial trouxe algumas grandes modificações no mundo tanto no que diz respeito à proteção dos direitos humanos e seu processo de

expansão, como também para as interpretações das Constituições com o movimento do Constitucionalismo contemporâneo. As atrocidades cometidas contra o humano na Alemanha nazista deflagraram esse processo de ampliação da proteção dos direitos humanos e transformação das pautas internacionais que passam a afirmar valores universais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. A humanidade foi marcada de forma indelével pela guerra e seus efeitos, e, a Declaração, possui uma grande missão, qual seja, relembrar a condição humana e delinear o esquecido nas guerras que são o núcleo essencial da convivência harmônica entre os humanos.

A universalidade passa a ser reconhecida como característica dos direitos humanos, sendo, portanto, os destinatários de sua proteção todas as pessoas, os seres vivos humanos, independente de qualquer condição e localização, o que afasta as discriminações em razão de raça, origem, sexo, idade, religiões, grupos sociais, entre outras.

Vale relembrar que a Declaração Universal foi votada e aprovada em 10 de dezembro de 1948 por 48 votos a zero e oito abstenções, o que demonstra a intenção de alargamento da proteção dos direitos humanos e consequente reconhecimento das pessoas como membros da sociedade humana e cidadãos do mundo<sup>3</sup>.

Esse é o contexto do reconhecimento de alguns valores que irão permear não só a Declaração de 1948, como também todas as Constituições que vieram na sequência dela. Dentre eles, está delineado no preâmbulo, a dignidade que, inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e, especialmente da liberdade de viverem a salvo do temor, aparece como a mais alta aspiração do homem comum; que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito e a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade humana, na igualdade e liberdade, são alguns compromissos assumidos pelos Estados, ou seja, um ideário comum a ser atingido por todos os povos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 673 p.

<sup>4</sup> Vale transcrever o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois dele se retiram as razões da existência da declaração: Preâmbulo Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em

Reconhece-se, a partir da Declaração, que todo indivíduo é membro da sociedade humana, sendo além de cidadão de seu país, cidadão do mundo, pois todos os povos passam a se interessar pelo que irá acontecer com a humanidade. Outro destaque muito importante é o reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos, sendo permeados pelas ideologias liberal e social, respectivamente protegidos os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais. Convivem harmonicamente o valor liberdade e igualdade<sup>5</sup>. Esse é o grande suporte teórico do presente artigo, o reconhecimento da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos e a proteção tanto das liberdades como da igualdade, essa aspiração universal desde 10 de dezembro de 1948.

Por fim, vale salientar, que foi um avanço inédito a conciliação dos ideais liberal e social, que passa a moldar a visão contemporânea dos direitos humanos, e, nos dizeres de Flávia Piovesan “o de unidade interdependente e indivisível”<sup>6</sup>. Os requisitos mínimos para uma vida com dignidade derivam da Declaração e dos dois pactos internacionais que dela decorrem, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que irão compor o Sistema Global dos Direitos Humanos, decorrentes de discussão iniciada logo após a sua adoção, mas só concluídos em 1966. São, portanto, garantias adicionais e subsidiárias ao sistema de proteção no plano interno de cada país<sup>7</sup>.

## 2. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA IGUALDADE

Ao falarmos em liberdade e igualdade no Estado brasileiro, obrigatoriamente faz-se necessária uma breve incursão na teoria geral dos direitos fundamentais que, na atualidade, são a razão da existência das Constituições, especialmente por eles serem os elementares à concretização e manutenção da dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que essa discussão ganha relevância nos Estados Democráticos de Direito, ou seja, a proteção dos direitos fundamentais é inerente às democracias<sup>8</sup>.

---

cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

<sup>5</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pág. 195 e 196. A autora descreve o pensamento do relator oficial Rene Cassin, pelos debates ocorridos em 1947 a 1948.

<sup>6</sup> *Idem.*, pág. 200.

<sup>7</sup> Nesse sentido: Flávia Piovesan, Wagner Balera, Alexandre de Moraes, entre outros.

<sup>8</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Esclavier, 1992 – 19ª Reimpressão. Pag.1: “...sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...”.

Ressalte-se que, desde a Declaração Universal de 1948 da ONU que as Constituições trarão um lugar de destaque para esse valor universal, dignidade humana, e sua íntima relação com a efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que essa depende de um mínimo existencial, que viabiliza, em última análise, o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Ao estudar os direitos fundamentais, devemos cuidar de uma série de características que nos permitem identificar esses direitos<sup>9</sup>, são chamadas de características intrínsecas. Ao lado das características intrínsecas dos direitos fundamentais, entre elas a universalidade, historicidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, entre outras, estão, nas constituições um conjunto de características que a doutrina chamou de extrínsecas, pois irão delimitar o regime jurídico dos direitos fundamentais.

Das primeiras características, encontramos a Universalidade que traz como principal missão apontar como destinatários da proteção dos direitos fundamentais, os seres vivos, humanos, independente de qualquer característica ou condição, o que reforça o afastamento de todas as formas de discriminação em razão de sexo, gênero, idade, raça e condições sociais.

A historicidade vem delineada por Bobbio e diz respeito às vivências histórico culturais, ou seja, não existe um catálogo de direitos pronto e acabado, pois eles decorrem das demandas de cada época e local, das circunstâncias e características que se apresentam como lutas em defesa de novas liberdades, cada época traz as suas demandas e o elenco dos direitos fundamentais vai sendo alargado com a tomada de conhecimento dessas novas possibilidades que decorrem da autonomia das vontades, contrariando as dinâmicas de controle ou condições sociais<sup>10</sup>. É uma constante tensão entre as liberdades pessoais em confronto com as liberdades negativas Estatais.

Ainda em Bobbio, afirma-se que não há direitos fundamentais absolutos, ou seja, tais direitos são passíveis de restrições, de limitações no plano concreto, pois a partir do momento que se reconhece o caráter histórico, esse fundamento absoluto não se sustenta, o que nos permite concluir que, no plano fático, serão passíveis de limitação, mas não do afastamento de seu conteúdo das experiências vividas<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Pág. 180 e 181. O autor afirma que, mesmo afastando a concepção jusnaturalista, ainda assim, podemos afirmar algumas características dos direitos fundamentais.

<sup>10</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Esclavier, 1992 – 19ª Reimpressão, pág. 5. Vale transcrever o ponto de vista do autor: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas.”

<sup>11</sup> Vale citar um princípio da hermenêutica constitucional que será utilizado todas as vezes que houver uma colisão de direitos fundamentais, ou seja, a concordância prática ou cedência recíproca de forma a harmonizar, no plano concreto, o conflito de direitos conforme a Constituição.

Dentre as segundas, ou caracteres extrínsecos, vale destacar que, as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme disposição expressa do art. 5º, § 1º da Constituição, e dela, extrair a efetividade dessas normas, ou seja, na dúvida, essas normas devem prevalecer e não serem afastadas por quaisquer outras razões de fato ou de direito, pois esses comandos normativos carregam conteúdos que não podem ser descuidados e afastados do plano concreto das vivências e experiências<sup>12</sup>. Tal discussão não é tão simples, nem tem uniformidade de interpretação. Há excelente obra que cuida do tema com maestria e das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema eficácia dos direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Vale ainda resgatar os princípios ou postulados da hermenêutica constitucional, tanto pelos posicionamentos acima descritos dos caracteres dos direitos fundamentais, bem como em especial no presente estudo, pois toda vez que há inércia do legislador, existe um afastamento desses referenciais de interpretação da Constituição e a diminuição de seu conteúdo e consequente de sua eficácia são uma realidade que deve ser evitada. São eles, a Supremacia Constitucional, a consequente harmonização de suas normas, a Unidade Constitucional e a Máxima Efetividade de suas Normas<sup>14</sup>.

Cada um desses postulados deve ser utilizado nas interpretações constitucionais e na defesa da Constituição, com a finalidade de não ter seu conteúdo diminuído nem sua Supremacia afastada<sup>15</sup>. Celso Ribeiro Bastos<sup>16</sup> afirmava que:

*“Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se quiser, a própria Constituição. São pois, parte de uma etapa anterior à de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos.”*

Portanto, o intérprete da Constituição não deve dos postulados se afastar, pois são pressupostos de validade da interpretação<sup>17</sup>. O primeiro dos postulados é a Supremacia Constitucional, ou seja, é a norma superior independente de qualquer particularidade, é a norma fundamental dotada de superioridade, e dela todas as demais retiram fundamento e não o contrário. As interpretações são sempre a partir da Constituição. Já o postulado da Unidade constitucional significa que as inter-

<sup>12</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág. 253 e seguintes.

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> Adota-se no presente artigo o pensamento do ilustre Professor Celso Ribeiro Bastos em sua obra *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*.

<sup>15</sup> Nesse sentido: Celso Ribeiro Bastos, Inocência Mártires Coelho, Raúl Canosa Usera, J.J. Gomes Canotilho.

<sup>16</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 165.

<sup>17</sup> Idem pág. 169. Vale destacar a diferença entre postulado e princípios, para o autor, vez que os últimos são limites à atividade do intérprete, não podendo contrariá-lo, e os primeiros são pressupostos do sistema constitucional.

pretações constitucionais não podem trazer contradições entre suas normas, ou seja, sua sistematização se impõe e o reconhecimento dessa, se traduz pela coesão de suas normas, naturalmente se interrelacionam. Dessa feita, chega-se ao postulado decorrente, da harmonização das normas constitucionais, não admitindo contradições e oposições, mas sim a máxima efetividade de suas normas, que também é postulado, vez que não aceitável a diminuição de seu conteúdo material<sup>18</sup>.

Essas são as referências teórico-jurídico constitucional da liberdade e da igualdade que, integram o elenco dos principais direitos fundamentais previstos de maneira expressa pelo art. 5º, “caput” da Constituição, e, tanto o legislativo como o judiciário ao interpretar a Constituição devem fazer valer, no plano abstrato da norma e concreto de sua aplicação, o núcleo material, não podendo ser alterado, suprimido ou negligenciado, pois trata-se do respeito à Supremacia da Constituição e sua defesa<sup>19</sup>.

Ainda com Bobbio<sup>20</sup>, a igualdade e a liberdade são conceitos vazios ou vagos e que necessitam de serem preenchidos ou especificados, e o autor faz as seguintes perguntas: liberdade e igualdade de quem?; e em relação a quê? E o autor vai concluir no que diz respeito à igualdade que é de todos e em tudo, ou seja, o que se pretende por meio da doutrina igualitária é que todos os membros de uma comunidade sejam iguais, o maior número de pessoas e necessita ser preenchido, de forma ética, pelos intérpretes da Constituição.

Os intérpretes da Constituição, em primeiro lugar o legislador, que segundo a doutrina se trata de interpretação autêntica, a de extrair o verdadeiro significado, o real alcance da norma jurídica, ou os juízes ou tribunais, por meio da interpretação operativa, daí a importância do Tribunal Constitucional que irá aferir a compatibilidade com a Constituição, com eficácia vinculante e efeitos “erga omnes”, também a Administração Pública e todos os seus órgãos realizam interpretações, mas sempre orientadas pela legalidade estrita, os doutrinadores que, por meio de trabalho intelectual de pesquisa, irão discutir e analisar as grandes questões e os cidadãos, e nos dizeres de Peter Häberle, a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, onde todos nós somos intérpretes e não podemos nos afastar desse núcleo essencial e petrificado da Constituição, especialmente da liberdade e da igualdade.

Destacamos no presente artigo a liberdade de escolha<sup>21</sup>, a autonomia da vida privada e a igualdade de todos em tudo, repetindo Bobbio. Não podemos aceitar que

<sup>18</sup> Idem ibidem, p. 177 a 179.

<sup>19</sup> Vale citar o pensamento de Luís Roberto Barroso ao comentar a máxima efetividade das normas constitucionais, onde o dever ser normativo terá que se aproximar ao máximo do dever ser da realidade social, ou seja, está a afirmar a vontade de Constituição.

<sup>20</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Esclavier, 2000, p. 298.

<sup>21</sup> Cf. ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 199. Vale repetir a autora ao cuidar do tema afirma que o conceito de liberdade sempre se aproxima de realizar, e que, portanto: “Os Homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são uma mesma coisa.”.

as diferenças entre as pessoas sejam legitimadoras de violência, intolerância e prática de crimes, é o que se espera de todos os intérpretes, desde o legislador e demais integrantes das outras funções de Poder Estatal e do povo.

### **3 – BREVE ANÁLISE DO VOTO NO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADO 26 DF: A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO LEGISLATIVO.**

Em virtude das pautas de violência contra o humano, infelizmente, ganharem expressão na atualidade, tanto nas vivências cotidianas, como nas atividades das estruturas de poder, legislativo, executivo e judiciário, por meio de audiências públicas, pedidos administrativos ou judiciais, com seus reflexos nos meios de comunicação de massa, recentemente a discussão temática chegou ao Supremo Tribunal Federal, não mais numa dinâmica de pedidos individuais, mas sim de forma abstrata, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26 DF.

Ademais de toda violência, intolerância e ausência de respeito ao humano pelo fato de não se aceitar as diferenças, as escolhas que não sejam a representatividade dos modelos de controle social, os inúmeros projetos de lei que cuidam da questão no Legislativo, estão parados há mais de cinco anos, todos eles. O que se pretende com a retrocitada ação constitucional é, apontar a mora do legislador que, por inúmeras razões, não tem interesse em dar andamento ao devido processo legislativo constitucional e fazer cumprir a Constituição com o afastamento de qualquer forma de discriminação, pelo dever de dar efetividade a uma norma constitucional.

Em tal ação, a defesa da Constituição ocorre em atenção às minorias, na condição de grupos vulneráveis, com especial destaque à ausência de norma jurídica que evidencie e propicie a alteridade, ou seja, um olhar para o outro com o reconhecimento de direitos e deveres que, conseqüentemente levam a um convívio harmonioso e respeitoso, sem descartar as possíveis visões de mundo, é que o Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal vai descrever e fundamentar o seu voto.

O pedido inicial da ação sustenta que o Congresso Nacional está agindo preconceituosamente, com indiferença em relação à comunidade LGBT, o que a expõe a graves ofensas aos direitos fundamentais, especialmente por violência moral, física, práticas criminosas contra a vida e a dignidade sexual, sendo citados os estupro coletivos, o que consolida o ódio homofóbico e transfóbico<sup>22</sup>. Todo Estado democrático de direito tem o dever essencial de proteger e fazer valer a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>22</sup> No próprio voto há distinções muito importantes, quais sejam, as discussões que envolvem o sexo e os fatores genéticos ou biológicos e, as discussões de gênero e fatores psicossociais, o modo de ser de um homem e de mulher em suas relações. Ao se referir à identidade de gênero se afirma um sentimento de pertencimento de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo coincidir ou não com a designação biológica (cisgênero/ coincide e transgênero/não coincide).



Em respeito ao artigo 5º, inc. XLI<sup>23</sup> da Constituição, qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades individuais deverá ser punida, e há no Congresso Nacional projeto de lei<sup>24</sup> que incrimina comportamentos resultantes de discriminação e preconceito contra pessoas, com destaque, em razão de orientação sexual ou em decorrência da identidade de gênero. Esses atos discriminatórios são atentatórios à dignidade humana e não possibilitam o desenvolvimento integral das pessoas, vez que estão impedidas de projetar sua própria vida e buscar a felicidade, ou seja, a pessoa não consegue ser autora de seu próprio destino, nem tampouco, conduzir sua vida segundo seus próprios valores e conforme sua liberdade pessoal e autodeterminação.

As discussões todas têm essa base constitucional e conseqüente pedidos que dela decorrem, que serão afastados alguns, pois em sede de controle de constitucionalidade não se discute responsabilidade objetiva do Poder Público ou resguardar interesses individuais, mas sim de se afastar as inconstitucionalidades, o que concordamos com o Ilustre Decano do STF. São mais de 30 anos de Constituição e o Congresso Nacional se absteve de legislar, o que dificulta ou impede a efetividade dos direitos fundamentais em apreço. Destaque-se que, cabe ao Estado, tanto garantir a possibilidade de oposição contra ao próprio Estado, como também tornar efetiva essa proteção.

Temos uma história de violência, opressão, crueldade e intolerância contra essas pessoas que escolheram diferente do que as condições sociais apontam como adequado, e isso ocorre desde a época da colonização, especialmente com a aplicação das Ordenações do Reino, com a utilização de pena de morte e tortura. Se a Constituição assegura a igualdade, a intolerância em razão de orientação sexual ou identidade de gênero são práticas que violam direito fundamental, núcleo petrificado da Constituição, não podendo dessa forma permanecer.

Essa inércia do legislador é um processo pernicioso pois, ela traz a descrença na Constituição, a Supremacia constitucional é deixada de lado todas as vezes que houver uma omissão ou uma ação insuficiente. Essa situação se apresenta como desprestígio constitucional e representa um dos aspectos da patologia, vez que reflete um desprezo à Constituição<sup>25</sup>. Apoiado no pensamento de Karl Lowenstein, o Ilustre Ministro Celso de Mello aponta para um processo de erosão consciência constitucional, e descreve inúmeros julgamentos da Corte Suprema acerca da omissão legislativa<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> 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;

<sup>24</sup> Há projeto de lei parado no Senado Federal.

<sup>25</sup> O Ilustre Ministro Celso de Mello fez referência ao pensamento da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz que, nos mesmos moldes de outros grandes juristas, aponta a inércia do legislador como pernicioso processo e desrespeito à Lei Fundamental. Pág. 54 e ss. do voto.

<sup>26</sup> Cf. Pág. 56 do voto.

Há omissão do Congresso Nacional no que diz respeito à implementação, por meio de lei, a proteção penal dos inc. XLI e XLII, do art. 5º da Constituição, local em que existe um mandado de criminalização<sup>27</sup> expressa e o dever de proteção, sendo o não agir, uma das formas de ofensa a direito fundamental.

Diante de tal reconhecimento, existem duas ações consolidadas no STF, que são:

*(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, "caput"); ou, então,*

*(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.*

Por diversas vezes a Suprema Corte se posicionou<sup>28</sup>, em sede de controle de constitucionalidade por omissão, dessa mesma forma, o que não significa que irá haver intromissão de uma esfera de poder em outra, mas sim nos limites constitucionais de sua competência, agir em defesa da Constituição e consequente afastamento de inércia ou negligência que afete direitos fundamentais.

Trata-se de imperativos de tutela e no caso a interpretação conforme deve prevalecer. Dentro dessa leitura destaca-se a inexistência de raça humana, pois só existe uma raça, a espécie humana e querer trazer qualquer espécie de divisão é mecanismo de exclusão, de segregação, motivo da interpretação conforme ser a que faz prevalecer a universalidade. Vale aqui, trazer a referência da Declaração Universal do Genoma Humano, onde a todo indivíduo é devido o respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independente de suas características genéticas<sup>29</sup>.

Racismo é uma prática de discriminação e exclusão por uma visão distorcida de mundo de quem procura construir modelos de controle, de hierarquias artificiais. A mesma definição vem adotada pelo Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, trata-se de um signo que abrange todas as formas de discriminação e intolerância que neguem a igualdade e a dignidade que qualificam os seres humanos<sup>30</sup>.

Prossigue o ilustre Ministro a demonstrar e fundamentar que o procedimento hermenêutico não se confunde com atividade legislativa, pois procura extrair do

<sup>27</sup> Cf. voto em Pág. 60.

<sup>28</sup> Há referência expressa ao voto do Ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede de ação direto de inconstitucionalidade por omissão, pela ausência legislativa quanto à lei de greve para o servidor público. Houve aplicação da lei de greve para os particulares, enquanto não sobreviesse lei que implementasse o descrito no art. 37, inc. VII da Constituição.

<sup>29</sup> Cf. voto em pág. 77.

<sup>30</sup> Cf. voto em pág. 77 a 81.

sistema de normas a exata aplicação do direito e, conseqüente, máxima efetividade da norma e Supremacia da Constituição. O que se propõe é que todas as condutas homotransfóbicas sejam definidas em lei penal já existente, Lei 7.716/89, abarcando o que a doutrina chamou de racismo social. O racismo social abarca condutas homofóbicas, por aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT, pois são discriminações a um grupo de vulneráveis, por meio de opressão, intolerância e crueldade.

Na seqüência, toda discussão vem permeada pelo regime democrático não conviver com práticas de intolerância e a conseqüente preservação das liberdades de manifestação do pensamento, não podendo de nenhuma forma ser obstaculizada, pois nele reside o pluralismo de ideias e a diversidade de visões de mundo, portanto o que se espera é o pluralismo e a tolerância. O direito ao dissenso, desde que não esbarre na esfera da proteção penal, é direito preferencial não podendo sofrer limitações. Há que existir a intenção de ofender, ou o dolo específico, para se configurar os crimes contra a honra.

Soma-se a isso a laicidade do Estado que, desde 1890 vem como decisão política fundamental que implica na absoluta neutralidade do Estado quanto à manifestação das crenças religiosas e conseqüente intolerância que delas decorrem<sup>31</sup>.

Por fim, o voto do Ministro Celso de Mello reconhece a mora inconstitucional do Congresso Nacional; declara a omissão legislativa; cientifica o Congresso Nacional para os efeitos do art. 103, § 2º da Constituição, dá interpretação conforme à Constituição ao art. 5º, inc. XLI e XLII, para enquadrar a homofobia e a transfobia aos tipos da Lei 7716/89, até que sobrevenha legislação autônoma sobre o racismo social e declara que os efeitos da interpretação conforme só ocorrerão com a conclusão do julgamento.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil foi um dos países que votou favoravelmente à Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e, posteriormente, assinou os dois tratados internacionais que dela decorrem. Após a retomada do processo democrático, em 1988, com a promulgação da Constituição, reafirma esses compromissos de cuidar das pessoas e de sua dignidade e conseqüente harmonização das liberdades e igualdade, isso se traduz de maneira expressa no Título I – Dos Princípios Fundamentais, pelo art. 1º, inc. III, da Constituição que apresenta como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, ao lado da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, e pelo Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

---

<sup>31</sup> Cf. voto em p. 118.

Apesar de plano normativo constitucional os compromissos assumidos desde 1948 estarem ali descritos, no plano concreto, em razão de algumas normas constitucionais serem carecedoras de uma atividade legiferante para sua efetividade, no que diz respeito ao nosso estudo e tema, essa carência normativa, tem afetado em muito a população LGBT, não só por ausência da norma definidora que puna comportamentos discriminatórios, ofensivos, violentos e cruéis que aniquilam as liberdades individuais dessas pessoas e afetem, afastam a dignidade humana, e que sejam um mecanismo de educar as pessoas a respeitar os outros e suas liberdades, suas escolhas.

Se essa Constituição é chamada de cidadã, essa qualidade deve permear todo agir dentro do Estado que é democrático e, portanto, o convívio com as diferenças é da sua essência, tanto que estabelece fundamentos que engendram e devem sempre nortear qualquer atuação ou atividade administrativa em sentido amplo, o que inclui o Legislativo.

Diante de tantos fatos noticiados constantemente sobre violência contra essas pessoas, não só contra as mulheres, destaque-se que uma das legislações vieram em razão de interferência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Lei Maria da Penha, e mais recente o Congresso cuidou de tipificar o feminicídio, da mesma forma deve agir quando as violências são contra o público LGBT, deve haver atuação que incrimine essas práticas de forma a ser um dos instrumentais educativos, mas somente por meio de educação em Direitos Humanos que ensine a Cidadania, pois, nos dizeres de Hannah Arendt, todos têm direito a ter direitos, é que se assumirá a universalidade e indivisibilidade desses direitos humanos fundamentais.

Com a leitura do Ilustre Ministro Celso de Mello na ADO 26/DF, por meio de interpretação conforme à Constituição, concluiu-se que, enquanto não houver legislação autônoma sobre práticas discriminatórias contra esse público, como a homofobia e a transfobia, em respeito à máxima efetividade da norma constitucional, deve-se interpretar racismo como racismo social e, todas as discriminações decorrentes dele serem incriminadas pela Lei 7716/89.

Tal interpretação é a que traz o respeito e dignidade a todas as pessoas e afasta a violência, crueldade e opressão, pois não haverá vazio legislativo. Se conseguimos educar para as práticas consumeristas, com muito maior razão, devemos educar para a cidadania, pois só dessa forma teremos o mínimo existencial que garanta a vida digna e a condição humana respeitada.

TOLEDO, C. M. Q.; BETTINI, L. H. P. Human rights education and sexual diversity. Educação em Revista, Marília, v. 21, p. 9-22, 2020, Edição Especial.

**ABSTRACT:** Since 17th of May 1990, with the withdrawal of homosexuality by the World Health Organization, from the ICD-International Classification of Diseases, that this date has a meaning for millions of people in the world regarding its first move to get the homophobic practices away, which are so constant and trivialised. Intolerance, discrimination, violence and oppression are part of an act in recent years in various locations, and, in some States, such practices are legalized and even accepted by many, yet cannot prevail. In this context, this article studies and addresses human rights and the Universal Declaration of human rights, to all people, i.d., recognizing the dignity inherent in all members of the human family, endowed with freedom and equality, in accordance with the preamble and article 1 of the Declaration. The aim of this article to expand the protection to all the universality, regardless of their personal and emotional choices. This issue of social life has been constantly in the media and also in legal requests, especially by ADO 26/DF.

**KEYWORDS:** Human Rights. Universality. Equality and Human Dignity.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007. 348 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 505 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 304 p.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Esclavier, 1992, 19ª Reimpressão. 217 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Esclavier, 2000. 717 p.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2006. 331 p.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 673 p.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 925 p.

---

Recebido em: 01/05/2019

Aprovado em: 10/12/2019

