Uma lei para garantir direitos fundamentais à população LGBTI

Maria Berenice Dias[1]

Não há como se ter ideia do número das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais identificadas pela sigla LGBTI. Também não é possível quantificar o número de crimes de que são vítimas. Ainda que imensurável, não há como condenar dita parcela da população à invisibilidade, deixando-a a margem da tutela jurídica e à mercê da lgbtifobia, expressão que vem se popularizando para definir os crimes de que são vítimas. De todo descabido que, em um Estado que se autoproclama democrático e de direito, não exista uma legislação que reconheça direitos e criminalize atos homofóbicos e transfóbicos.

A preconceituosa omissão do legislador não inibiu a Justiça de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, deferir a adoção homoparental, bem como garantir a possibilidade da alteração do nome em respeito à identidade de gênero aos transexuais, independente da realização de cirurgia de readequação sexual.

De tão reiteradas algumas decisões, muitos direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como, por exemplo, o acesso ao casamento direto[2] e o uso das técnicas de reprodução assistida[3].

Os advogados foram os precursores de todos estes avanços, provando que são mesmos indispensáveis à administração da

Justiça, como reconhece a Constituição Federal.[4] Foram eles que ousaram bater às portas do Poder Judiciário, buscando a tutela de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação.

A ausência de uma legislação específica fez surgir a necessidade de qualificar os advogados para atender à crescente demanda deste segmento que passou a tomar consciência de ser titular de direitos. De outro lado, a falta de um banco de dados, de âmbito nacional, sempre gerou enorme dificuldade de acesso às decisões de juízes e tribunais. Foram estes os motivos que levaram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em audiência pública realizada dia 22 de março de 2011, a aprovar a constituição da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero,[5] havendo mais de duas centenas de Comissões instaladas no âmbito das Seccionais e Subseções. Eventos para a capacitação dos juízes, promotores, defensores e advogados, passaram a ser realizados em todo o país. A multiplicação de julgados ensejou a construção de um portal da jurisprudência, onde se encontram pareceres, sentenças e acórdãos de todas as justiças e graus de jurisdição.[6]

Este levantamento em muito contribuiu no julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares.[7] A decisão, além de ter efeito vinculante e eficácia perante todos, desafiou o legislador a inserir a população LGBTI no sistema jurídico. Isso porque, 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 moralista e religiosa, disfarçado de proteção à sociedade e à família.

Essa perversa postura omissiva motivou a Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero a elaborar, juntamente com os movimentos sociais, o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero. Foi constituída uma comissão redatora[8] que contou com a

participação de membros consultores.[9] A eles foi delegada a difícil missão de elaborar um conjunto de normas e regras que servisse para aperfeiçoar o sistema legal deste país, acolhendo parcela significativa da população que, de modo injustificável, se encontra alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

Adotado o formato de microssistema, o projeto legislativo assegura direitos que já vinham sendo reconhecidos judicialmente, bem como promove uma ampla revisão da legislação infraconstitucional. Consolida normas e regras para aperfeiçoar o sistema legal, em uma lógica igualitária e democrática de salvaguarda dos direitos de um grupo socialmente vulnerável.

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB em 23 de agosto de 2011.

Quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado e alcance, recebeu parecer favorável do Relator, Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro.[10]

Na mesma oportunidade foram entregues ao Congresso Nacional a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, que deram origem a três Propostas de Emenda Constitucional.

Duas delas, apresentadas pela Senadora Marta Suplicy, se encontram em tramitação no Senado Federal.[11] Uma proíbe discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho e já teve relatório favorável à proposta pelo Relator, Senador Randolfe Rodrigues. Outra substitui a licença-maternidade e a licença-paternidade pela licença-natalidade, com o prazo de seis meses, a ser concedida indistintamente a qualquer dos pais e aguarda designação do relator. A terceira, que assegura acesso ao casamento igualitário, foi repassada ao Deputado Federal Jean

Wyllys a ser apresentada à Câmara dos Deputados tão logo obtido o número de adesões necessárias.

Em face da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, que havia sido encaminhada por iniciativa popular, no dia 17 de maio de 2012 – Dia Mundial de Combate à Homofobia – foi lançado, em âmbito nacional, pelas Comissões da Diversidade Sexual e Gênero e pelos movimentos sociais, a iniciativa para angariar adesões para que o Estatuto seja levado à Câmara Federal, referendado pela adesão de um por cento do eleitorado brasileiro.

Como a obtenção deste número – cerca de um milhão e meio de assinaturas – é uma missão quase impossível, dispõe a Ordem dos Advogados do Brasil de legitimidade universal, dispensada comprovação da pertinência temática, para apresentar à Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado Federal o anteprojeto de lei para instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero.[12]

Certamente esta é a única forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, se negam a aprovar qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homo/transfobia, garantir direitos às uniões homoafetivas e tutelar a identidade de gênero das pessoas trans. Ao menos não poderão alegar que a iniciativa desatende ao desejo do povo.

PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Para não tisnar de inconstitucionalidades o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero, de modo a assegurar respeito à dignidade e o direito à liberdade e à igualdade para a população LGBTI, é indispensável algumas alterações em âmbito constitucional.

Proibição de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero

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

Quando identifica os objetivos fundamentais da República, 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 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, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis 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, inc. IV[13] e no art. 5º, inc. XLI[14] da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBTI precisa ter sua identidade respeitada, devendo ser criminalizados os delitos fruto da intolerância homo/transfóbica.

Direitos decorrentes da homoparentalidade

Duas ordens de motivação justificam a proposta de acabar com o

tratamento diferenciado a mães e pais, no que diz com a licença por ocasião do nascimento ou da adoção de filhos.

Cada vez mais se valoriza a paternidade responsável, assegurando a ambos os genitores os mesmos direitos e impondo aos dois iguais deveres inerentes ao cuidado parental (que o Brasil insiste em denominar de 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.[15]

A exemplo da legislação 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 cientificamente reconhecido para assegurar o melhor desenvolvimento da criança, que terá direito à presença de um de seus pais, da maneira que lhes seja mais conveniente.

Por isso a proposta de alteração dos incisos XVIII e XIX do art. 7ª da CF,[16] assegurando licença-natalidade a ambos os 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 por ambos os pais. No período subsequente, por qualquer deles, de forma não cumulativa, segundo livre deliberação do casal.

Deste modo, como o benefício independe do sexo do genitor, eliminam-se os inúmeros questionamentos que surgem frente a 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 multiparentalidade 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.

O outro ganho significativo com dita alteração é reduzir a discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, pois, a possibilidade da gravidez muitas vezes dificulta a inserção profissional. Por fim é imperioso ressaltar que tal esquema beneficia a figura mais importante dessa relação: a criança que acaba de nascer ou ser adotada, que será cuidada – de maneira afetiva e efetiva – por ambos os pais, que poderão exercer na plenitude as responsabilidades parentais.

Reconhecimento da família transexual ou homoafetiva como entidade familiar

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer, por unanimidade, as uniões homoafetivas como entidades familiares, garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. Deu ao art. 1.723 do Código Civil[17] 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".[18]

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado,[19] juízes e tribunais imediatamente passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça,[20] garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante o Registro Civil.

Essas mudanças precisam ser inseridas na Constituição Federal, dando-se nova redação ao parágrafo 1º do art. 226,[21] para explicitar a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual.[22]

Também é necessário substituir a equivocada referência a

“homem e mulher”, constante do § 3º do mesmo art. 226[23] para acabar com a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas como entidade familiar.[24]

Somente reconhecendo expressamente a união estável e garantindo em texto de lei o acesso ao casamento aos vínculos homoafetivos se acabará com as críticas e as resistências infundadas relativas à extensão de todos os direitos e garantias fundamentais à população LGBTI.

ANTEPROJETO DO 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 e intersexuais. Assim, a indispensabilidade da aprovação de uma lei que assegure a essa parcela de cidadãos todos os direitos, como o direito à vida, à identidade, 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 à felicidade. Um direito fundamental 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 de microssistemas: leis temáticas que enfeixam princípios, normas de conteúdo material e processual, dispositivos de natureza civil e penal, além da imposição de políticas públicas, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais.

Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero.

Assegura o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, Sucessório, Previdenciário e Trabalhista, além de criminalizar a homo/transfobia. Na proposta de lei, 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 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 opção pelo uso do vocábulo “diversidade sexual” visa ressaltar o aspecto de diferença, sem qualquer conotação pejorativa. A expressão também significa diverso, de outro jeito, conceitos sem qualquer viés preconceituoso.

A inserção da locução “identidade de gênero” aconteceu em momento posterior para afastar a equivocada ideia de que o Projeto atendia somente os aspectos jurídicos dos vínculos homoafetivos, descuidando da população “trans”, expressão que serve de guarda-chuva à problemática referente a travestis, transexuais, transgêneros e demais formas de movimento ligadas às questões de gênero.

Foi consciente a omissão em definir o que seja sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero e nem os sujeitos aos quais o Estatuto se destina: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e 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, no texto, 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 de assegurar 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 LGBTI.

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 homo/transfobia.

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

A referência à heterossexualidade, no entanto, 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 sexual e seus relacionamentos afetivos.

Princípios

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

Daí a consagração, como princípios fundamentais na interpretação e aplicação do Estatuto: 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, à privacidade e à autodeterminação, bem como 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 e a liberdade de constituição de família das pessoas trans e dos pares homoafetivos.

Mas certamente o mais significativo princípio seja o que diz com o direito fundamental à felicidade, que mereceria estar previsto na própria Constituição Federal, como princípio fundante do Estado, pois se trata de direito que deve ser garantido a todos os cidadãos. De qualquer maneira, trata-se de um princípio constitucional implícito – a exemplo do princípio da afetividade – já mencionado em julgamentos no Supremo Tribunal Federal.[25]

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. Expressamente é imposto respeito aos Princípios de Yogyakarta.

Direito à livre orientação sexual

Consagrado como princípio fundamental à livre orientação sexual e identidade de gênero, é assegurado a todos o direito

de viver a plenitude de sua personalidade, além das 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 ou de gênero. 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 de sua comunidade.

Também é vedada a incitação ao ódio ou comportamentos que preguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, condutas que, inclusive, passam a ser criminalizadas em razão do seu constante desrespeito no meio social.

Direito à igualdade e à não discriminação

O princípio da igualdade compreende o direito à diferença e a proibição à discriminação. Por isso a necessidade da expressa referência à vedação de atitudes constrangedoras, intimidativas ou vexatórias que tenham por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas da população LGBTI.

De modo exemplificativo 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 ou transfobia, geram responsabilidade por danos materiais e

morais *in re ipsa*, já que se trata de ato ilícito.

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 ou da pessoa trans goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, no âmbito não só do Direito das Famílias e das Sucessões, mas em todos os demais ramos do Direito.

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 ou transafetivo frente aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos.

Como os pares com a mesma identidade sexual não dispõem de capacidade procriativa enquanto casal, é garantido acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, de forma individual ou conjunta. É expressamente admitido o uso de material genético do casal e de terceira pessoa eleita livremente, admitido o reconhecimento da pluriparentalidade.

O registro do filho pode ser levado a efeito pelos pais, diretamente perante o registro civil, sem a necessidade do uso de via judicial, como já admitido pelo Conselho Nacional de Justiça.[26]

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 e, no período subsequente, por qualquer deles de forma não cumulada.

Ocorrendo a dissolução de união estável ou o divórcio dos pais, o exercício das responsabilidades parentais (poder familiar) é garantido a todos, devendo ser estabelecida a guarda compartilhada, assegurado o direito de convivência e prevista obrigação alimentar.

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 incapaz ou menor de idade.

Direito à identidade de gênero

A livre expressão da identidade de gênero é reconhecida a transexuais, travestis e intersexuais, com a garantia do uso do nome social, independente da alteração do nome registral, a exemplo do que assegurado no âmbito da administração pública federal direta.[27]

É assegurado o uso do nome social nos estabelecimentos de ensino e registros acadêmicos, mediante simples requerimento administrativo. Mesmo que o aluno não tenha atingido a maioridade, é dispensada autorização dos pais ou responsáveis.

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

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

A cirurgia de redesignação sexual somente pode ser realizada a partir dos 18 anos. No entanto, havendo indicação terapêutica de equipe médica e multidisciplinar, em qualquer idade, podem ter início os procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação à identidade de gênero. A eventual resistência dos pais pode ser suprida judicialmente.

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.

A retificação do nome e da identidade sexual deve ser requerida diretamente ao Cartório do Registro Civil, independe da realização da cirurgia de readequação sexual. A averbação não constará das certidões, a não ser quando requeridas pela própria parte ou decorrer de determinação judicial.

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

Direito à saúde

A necessidade de capacitação de médicos, psicólogos e demais profissionais da área de saúde para atender a população LGBTI 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 sexuais ou da identidade de gênero.

De forma expressa, são proibidas promessas de cura ou de reversão da identidade sexual ou de gênero, 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. Aliás, neste sentido, já existe orientação da Anvisa.[28]

Direitos previdenciários

São garantidos direitos previdenciários de forma universal, segundo a identidade de gênero do beneficiário à data da implementação do direito ao benefício.

Às instituições de seguro ou previdência públicas ou privadas é vedado negar qualquer espécie de benefício em face da orientação sexual ou da identidade de gênero do beneficiário.

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 homo/transfobia, 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 ou composta por pessoa trans.

As atividades escolares referentes a datas comemorativas devem atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento aos alunos filhos de famílias homoafetivas ou composta por pessoas trans.

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

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 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 e intersexuais, para ingresso no serviço público. Empresas e organizações privadas serão incentivadas a adotar medidas similares.

Direito à moradia

É proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero do adquirente ou locatário, sendo assegurada a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional na aquisição da casa própria.

É da administração do imóvel ou do condomínio a responsabilidade por dano moral se for omisso em inibir condutas que configurem práticas discriminatórias 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 de 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.

O encarceramento no sistema prisional deve ser feita segundo a identidade de gênero do preso. É assegurado o direito a cela separada se houver risco à sua integridade física.

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

Dos delitos e das penas

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 identidade sexual ou de gênero.

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 homo/transfóbica.

Políticas públicas

Como é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, há a necessidade de adoção de políticas públicas no âmbito da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Daí a imposição de 34 medidas que promovam a igualdade de oportunidades no acesso à saúde, educação, emprego e moradia.

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 LGBTI em situação de violência, várias medidas são impostas, devendo 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.

Legislação infraconstitucional

A discriminação que existe na sociedade sempre contagiou o 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, são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser adequados ao novo sistema normativo.

Publicado em 12/08/2017.

[1] Advogada – OAB-RS 74.024

Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

www.estatutodiversidadesexual.com.br

[2] Resolução CNJ nº 175/2013.

[3] Resolução CFM nº 2.121/2015.

[4] CF, art. 133.

[5] A Comissão foi criada pela Portaria 16/2011 de 15 de abril de 2011 e reinstalada pelas Portarias 123 de 22 de abril de 2013 e 176 de 18 de agosto de 2016.

[6] www.direitohomoafetivo.com.br

[7] STF – ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011.

[8] A Comissão foi presidida por Maria Berenice Dias (RS) e integrada por Adriana Galvão Moura Abílio (SP); Jorge Marcos Freitas (DF); Marcos Vinicius Torres Pereira (RJ) e Paulo Tavares Mariante (SP).

[9] Membros consultores: Daniel Sarmento (RJ); Luis Roberto Barroso (RJ); Rodrigo da Cunha Pereira (MG) e Tereza Rodrigues Vieira (SP).

[10] Texto do projeto e do parecer se encontram disponíveis no site www.estatutodiversidadesexual.com.br

[11] PECs 110 e 111 de 08/11/2011.

[12] A legitimação ativa do Conselho Federal da OAB é assegurada pelo parágrafo único do art. 5º e § 2º do art. 7º do Ato nº 1/2006, que regulamenta o art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal, alterado pela Resolução n.º1 de 2005.

[13] 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.

[14] 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;

[15] A Lei 13.257/2016 prevê a licença-paternidade de 20 dias para trabalhadores de empresas inscritas no programa Empresa Cidadã.

[16] 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.

[17] 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.

[18] 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. 1723 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.

[19] 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.

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

[21] CF, art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

- 1º: O casamento é civil e gratuita a celebração.

[22] CF, art. 226, § 1º: É admitido o casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual e identidade de gênero dos cônjuges.

[23] 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.

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

[25] Nomeadamente os Ministros Celso de Mello (no julgamento da ADI 4277) e o Ministro Luiz Fux (no julgamento do RE 898.060, sobre a multiparentalidade).

[26] Provimento 52/2016.

[27] Dec. 8.727/2016.

[28] Portaria 1.353/2011, da Anvisa, art. 1º, § 5º: A orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria.