



MAXWUELL FERREIRA DE OLIVEIRA

**DIREITOS HUMANOS: COMBATE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO
SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

Ji-Paraná
2019

MAXWUELL FERREIRA DE OLIVEIRA

**DIREITOS HUMANOS: COMBATE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO
SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora
do Centro Universitário São Lucas, como
Trabalho de Conclusão de Curso,
requisito de aprovação para obtenção do
Título de Bacharel em Direito

Orientador: Gustavo Wohlfahrt
Bohnenberger

O48d

Oliveira, Maxwuell Ferreira de

Direitos humanos: combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero / Maxwuell Ferreira de Oliveira. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.
20 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger

1. Minorias. 2. Sexuais. 3. Direitos Humanos. 4. Discriminação.
I. Bohnenberger, Gustavo Wohlfahrt. II. Direitos humanos: combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

MAXWUELL FERREIRA DE OLIVEIRA

**DIREITOS HUMANOS: COMBATE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO
SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora
do Curso de Direito do Centro
Universitário São Lucas, como requisito
de aprovação para obtenção do Título de
Bacharel em Direito

Orientador: Gustavo Wohlfahrt
Bohnenberger

Ji-Paraná, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

_____	Centro Universitário São Lucas
Titulação e Nome	
_____	Centro Universitário São Lucas
Titulação e Nome	
_____	Centro Universitário São Lucas
Titulação e Nome	

DIREITOS HUMANOS: COMBATE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO¹

Maxwuell Ferreira de Oliveira²

Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger³

RESUMO: As minorias sexuais vêm sofrendo com as consequências da discriminação a incontáveis décadas, caçados antes durante e após a segunda guerra mundial, seus direitos foram negados a ponto de seu direito de viver ser violado. Estatisticamente a situação se encontra consideravelmente melhor em parte do mundo, porém, é ínfimo o número de legislações nacionais que realmente protejam esses indivíduos, absurdamente ainda há países onde a sua autonomia e direitos sexuais não são sequer reconhecidos. O presente trabalho tem o propósito de compreender se as entidades e ferramentas dos direitos humanos tem contribuído para combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e se há a necessidade de uma atuação mais intensa por parte dessas. Para tanto, analisou-se como esse tipo de discriminação afeta a vida dos atingidos por ela, a influência do direito internacional dos direitos humanos sob os sistemas jurídicos nacionais e o alcance e eficiência dos documentos internacionais que se referem a proteção dos direitos das minorias sexuais através de pesquisas bibliográficas, com ênfase ao estudo de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em materiais que incluem de livros a plataformas e revistas online e idôneas.

Palavras-chave: Minorias. Sexuais. Direitos Humanos. Discriminação.

HUMAN RIGHTS: DISCRIMINATION COMBAT ABOUT SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

ABSTRACT: Sexual minorities have been suffering from the consequences of discrimination for countless decades, hunted before, during and after World War II, their rights were denied even to the point that their right to live was violated. Statistically the situation is found considerably better in part of the world, but the number of national legislations that really protect these individuals is very small, absurdly there are still countries where their autonomy and sexual rights are not even recognized. This work has as its goal to understand if human rights entities and tools have contributed to combating discrimination based on sexual orientation and gender identity and whether there is a need for more intense action on their behalf. For that, was analyzed how this type of discrimination affects the lives of those affected by it, the influence of international human rights law, under national legal systems, and the scope and effectiveness of international documents relating to the protection of the rights of sexual minorities through bibliographical research, with emphasis on the doctrinal and jurisprudential studies and understandings in materials that include from books, platforms, to online and qualified magazines.

Keywords: Minorities. Sexual. Humans Rights. Discrimination.

¹ Artigo científico apresentado ao Centro Universitário de Ji-Paraná – São Lucas Educacional, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Em 2019/2.

² Acadêmico cursando o 9º período do curso de Direito pelo centro universitário São Lucas Ji-Paraná. E-mail: maxwuellferreira@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo (URI), 2014; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo (URI), 2017; E-mail: gustavo.bohnenberger@saolucas.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Desde o desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, o direito internacional vem influenciando os ordenamentos jurídicos internos através da instituição dos direitos fundamentais, que correspondem a repercussão dos direitos humanos dentro das constituições.

A relativização da soberania estatal no tocante aos direitos humanos, foi uma das compreensões cruciais para a internacionalização desses direitos. O entendimento sobre a relação entre Estado e cidadão não ser um problema apenas de interesse interno, se deu após as atrocidades ocorridas durante a segunda guerra mundial, onde milhares de pessoas foram desumanizadas, mortas e torturadas, apenas por representarem diversidade as convicções políticas e sociais de um grupo dominante.

Apesar do sofrimento durante a segunda guerra ter sido associado maioritariamente aos judeus, os homossexuais não tiveram um tratamento menos degradante, entretanto a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, presente na sociedade desde os primórdios da civilização e ainda causadora de violações a direitos, restrições e agressões, só passou a ser inclusa nas discussões internacionais recentemente e de forma muito tímida.

Tendo o intuito de analisar como a atuação dos direitos humanos na esfera internacional pode contribuir para combater a discriminação contra minorias sexuais, será estudado como esse preconceito afeta essas vidas, a influência dessa esfera do direito nos ordenamentos jurídicos nacionais e as resoluções e princípios que já foram estabelecidos no direito internacional voltados a proteção dos direitos dessa minoria. Visa-se compreender se tais medidas têm sido eficientes ou se existe a necessidade de normas vinculantes para garantir a esses indivíduos os direitos inerentes a todos.

Apesar de não constarem no conceito de minoria adotado pelos documentos internacionais, o termo “minorias sexuais” será usado para identificar esse grupo pelo conceito defendido por Vecchiatti (2012), minorias sexuais são pessoas que sofrem discriminação por não possuírem uma orientação sexual e ou uma identificação acerca do seu gênero como esperado pela sociedade.

A análise será feita através de pesquisas bibliográficas, com ênfase ao estudo de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em materiais que incluem de livros a plataformas e revistas online e idôneas.

2. MINORIAS SEXUAIS E A DISCRIMINAÇÃO

Para assimilar como os mecanismos de direitos humanos têm contribuído na luta contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e se há a necessidade de uma atuação mais intensa é imprescindível abordar a extensão da discriminação sofrida pelas minorias sexuais e como suas vidas são afetadas por esse problema, para compreender essa extensão e complexidade é necessário primeiramente entender o conceito de minorias e a que se relacionam.

O conceito mais recente de minoria adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) é o de Francesco Capotorti, a quem a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias encomendou um estudo sobre minorias em 1979. O conceito de Capotorti restringe o significado do termo a grupos de pessoas numericamente inferiores que possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, distintas daquelas do resto da população de um Estado (OLIVA; KÜNZLI, 2018).

Vale destacar que “o conceito de minorias não é estático, está constantemente em evolução com mudanças tanto em relação aos diferentes grupos que compõem o quadro de minorias quanto em relação a sua definição estrita” (ALAMINO; VECHIO, 2018, p. 648).

O entendimento sobre minorias vai muito além de uma simples questão quantitativa, de fato entende-se por minorias indivíduos que representam uma parcela menor da população de uma sociedade, pois possuem características físicas, culturais, políticas e sociais divergentes da maioria, entretanto deve-se ter em mente que caracterizam também, grupos que estão em desvantagem social, ou seja, precisam lutar mais para ocupar os mesmos espaços que indivíduos de grupos dominantes e para conseguir exercer os direitos garantidos a todos, como por exemplo, no caso dos homossexuais, o direito ao casamento.

Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se

encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, "maioritário", ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria (CHAVES, 1971, p. 149).

Apesar dos LGBTQI+ não estarem estritamente reconhecidos pela ONU em documentos vinculantes como grupos minoritários, o presente trabalho adotará a premissa do reconhecimento dessas pessoas como minoria, tanto pelo fato da Organização estar assumindo a necessidade de combater a discriminação sofrida por esses indivíduos e a necessidade de reconhecimento e proteção acerca dos seus direitos, quanto pelo explicado por Vecchiatti (2012): minorias sexuais são pessoas que sofrem discriminação por não possuírem uma orientação sexual e ou uma identificação acerca do seu gênero como esperado pela sociedade.

Ou seja, aqueles cuja orientação sexual não seja a heterossexual (homossexuais e bissexuais), aqueles cuja identidade de gênero não coincida com o gênero socialmente atribuído ao seu sexo biológico (transexuais, travestis), aqueles cuja biologia pessoal traz elemento de ambos os sexos (intersexuais) e aqueles que têm comportamentos que a sociedade atribui a pessoas do outro sexo (discriminação por motivo de gênero). Isso porque estes são grupos de pessoas que têm sido discriminadas ao longo dos tempos unicamente por conta de sua sexualidade, de seu gênero ou de sua identidade de gênero, em virtude do heterossexismo social ainda vigente (VECCHIATTI, 2012, p. 101).

Entende-se que mesmo não sendo reconhecidos formalmente como minorias, os LGBTQI+ possuem características que os enquadram dentro desse conceito, como evidenciado por Castro (2016), grupos minoritários são aqueles estigmatizados e inferiorizados por outros grupos que integram o corpo social dominante.

Como resultado, as pessoas trans, de gênero não-conformes e LGB afetadas por formas múltiplas e cruzadas de discriminação (inclusive com base na idade, gênero, etnia, deficiência e status social) estão sofrendo com a falta de acesso a seus interesses econômicos, sociais e civis, e direitos culturais, e estão sendo efetivamente deixados para trás (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR, 2018).

UNAIDS (2013) explica que a discriminação sofrida por essa minoria tem sua origem em um preconceito enraizado combinado com a falta de respaldo jurídico contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Esses fatores, por sua vez, possuem ancestralidade no machismo e na ascensão da Igreja Católica Apostólica Romana, o primeiro através do estigma criado, ainda na idade antiga, de

que o homem não poderia se encontrar em uma posição de passividade e o segundo pela imposição de dogmas religiosos, onde a homossexualidade passaria a ser vista como um pecado e um comportamento perverso não natural (VECCHIATTI, 2012).

Além da discriminação jurídica formada pelo preconceito social, esses estigmas resultaram em violações dos direitos humanos das minorias sexuais em todas as regiões do mundo, através da discriminação no emprego, na assistência médica, na educação, da criminalização da homossexualidade, de ataques físicos seletivos e até mesmo assassinatos (UNAIDS, 2013).

Como exemplo da discriminação jurídica tem-se: a demora do direito internacional dos direitos humanos em abordar a intolerância sofrida por esse grupo em documentos, discussões e reuniões mesmo já existindo um movimento contra a discriminação de minorias, a caracterização de suas relações sexuais e do seu posicionamento público como crime e a negação do direito ao casamento e reconhecimento jurídico familiar.

A Organização das Nações Unidas, teve sua criação motivada pelos horríveis adventos da Segunda Guerra Mundial, pessoas foram desumanizadas, mortas e torturadas pelo simples fato de representarem diversidade aos padrões considerados por um grupo dominante como ideais, a partir de então, criou-se um sistema que visava proteger as minorias e garantir que seus direitos fossem exercidos e representados com segurança.

Assim como os judeus, os gays foram cassados e marcados durante esse episódio horrível apenas pelo fato de ser quem eram, entretanto, somente noventa anos após a criação de mecanismos de proteção de direitos humanos, a discriminação contra minorias sexuais foi inserida nas discussões do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Oliveira, 2015).

A cinquenta anos atrás a porcentagem da população mundial que vivia em países que criminalizavam o relacionamento entre pessoas do mesmo gênero estava em torno de 74%, atualmente essa porcentagem encontra-se menor, representando 23% da população com a criminalização ainda presente em 70 países, seis desses punem a relação com pena de morte; 32 países ainda possuem leis que restringem a liberdade de expressão sobre orientação sexual e identidade de gênero, 41 países restringem à formação, estabelecimento ou o registro de ONGs relacionadas à orientação sexual (MARTINELLI, 2019).

Tais leis violam o direito individual de ser livre de discriminação, estabelecido no artigo 2 da Declaração Universal de Direitos Humanos e em tratados internacionais de direitos humanos, assim como o direito de ser protegido contra interferência em sua vida privada e detenção arbitrária, protegidos pelos artigos 12 e 9 da Declaração Universal e artigos 17 e 9 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Além disso, leis que impõem a pena de morte para a conduta sexual, violam o direito à vida, garantido pelo artigo 3 da Declaração Universal e artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tais leis, mesmo que nunca sejam executadas, violam as obrigações do Estado perante o regime internacional de direitos humanos (UNAIDS, 2013, p. 29).

Ainda sobre a compreensão acerca da discriminação jurídica, ao analisar o não reconhecimento jurídico da união homoafetiva frente ao princípio da igualdade, constata-se a existência da discriminação, dado que, ao serem excluídos do direito ao casamento civil, os casais homossexuais são automaticamente privados dos direitos e proteções comuns a casais heteroafetivos.

A união homoafetiva foi negligenciada e criminalizada ao longo da história da humanidade, de acordo com Pew Research Center (2015)⁴ seu primeiro reconhecimento aconteceu apenas em 2001 pela Holanda, desde então, não mais que 26 Estados concederam igualdade entre uniões heteros e homoafetivas (ILGA, 2019). É evidente que esse dado representa evolução, no entanto, torna-se banal e medíocre ao recordar que existem 193 países no mundo.

O relatório dos especialistas da OHCHR (2018), feito para o dia internacional de combate a homofobia, evidencia que a discriminação ainda é um problema vigente e que a contribuição desta é significativa para a diminuição do acesso à educação, moradia e saúde e com a diminuição das participações políticas e cívicas das minorias sexuais.

A discriminação por orientação sexual e identidade de gênero não se restringe apenas as esferas econômicas e sociais, ela também está presente dentro dos lares sendo talvez, a versão do preconceito mais grave e violenta, a discriminação dentro de casa torna a situação dessas pessoas ainda mais grave e delicada. Como se pode notar nas pesquisas de Perucchi (et al, 2014), não maioria das vezes, ao descobrir que um indivíduo não corresponde as expectativas quanto sua sexualidade ou identidade de gênero a família age com violência física,

⁴ Pew Research Center: É um tanque de informações apartidário que informa o público sobre os problemas, atitudes e tendências que estão moldando o mundo. Realiza pesquisas de opinião pública, pesquisa demográfica, análise de conteúdo de mídia e outras pesquisas empíricas em ciências sociais. Disponível em: <https://www.pewforum.org/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>. Acesso em: 2019

psicológica e expulsão afastando esse indivíduo, muitas vezes ainda durante sua adolescência, do seio familiar.

É precípua assimilar que passar por situações discriminatórias em tantas esferas diferentes, econômica, social e familiar, também traz consequências à saúde mental e emocional. A compilação feita por Ghorayeb (2012) reúne pesquisas próprias e de terceiros que demonstram que, em geral, as minorias sexuais tendem a considerar ou tentar suicídio. [...] de 2.881 homens de orientação homossexual entrevistados, 21% já havia feito planos de suicídio; 12% havia tentado o suicídio, sendo que quase metade desses 12% tiveram múltiplas tentativas[...] (GHORAYEB, 2012, p. 26 apud PAUL E COLABORADORES, 2002).

[...] Um estudo recente investigou fatores associados ao risco a partir de uma amostra de 407 adolescentes de orientação homossexual, dentre os quais 26% referiram tentativas. Identificaram-se alguns fatores gerais associados ao risco de suicídio, dos quais se destacaram a falta de suporte familiar, a prevalência de transtornos mentais (mais comumente depressão) e experiências de preconceito e discriminação (GHORAYEB, 2012, p. 26 e 27 apud SKEGG et al., 2003). [...] Outros pesquisadores têm produzido resultados que apontam para a relação entre os transtornos mentais e sofrimento emocional, com as experiências de preconceito, discriminação, estigmatização e ausência dos suportes familiar e social para os sujeitos adolescentes e adultos de orientação homossexual pesquisados (GHORAYEB, 2012, p. 28 apud MAYS E COCHRAN, 2001; BANKS, 2003; MEYER, 2003; MC ANDREW E WARNE, 2004).

Logo se vê que o preconceito, além de tornar o acesso a oportunidades, direitos e garantias mais longínquo também adoece e mata. Dadas as mazelas vividas por essas pessoas OHCHR (2018) adverte, só serão cumpridas as obrigações internacionais de direitos humanos e a “promessa de não deixar ninguém para trás na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS)” se forem adotadas medidas de combate à discriminação pelos atores estatais, instituições legislativas, jurídicas e executivas, bem como instituições nacionais de direitos humanos e atores não estatais como a sociedade civil, comunidades religiosas, organizações de trabalhadores e o setor privado.

Diante de tais considerações nota-se que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero atinge extensa e veementemente a vida das minorias sexuais, atrofando seu alcance a direitos e a oportunidades de sucesso profissional que esses possam vir a ter, tornando evidente a necessidade de políticas e mecanismos jurídicos que venham a diminuir o impacto da discriminação na vida

dessas pessoas.

3. DIREITOS HUMANOS

A origem dos direitos humanos vem sendo analisada ao longo do tempo através das concepções jusnaturalistas e juspositivistas, sendo necessário estudá-las, mesmo que de forma objetiva, para compreender o que os direitos humanos significam. Sendo assim, será abordado o fundamental para entender os direitos aqui tratados e a internacionalização dos mesmos, objetivando demonstrar a importância de garantir tais direitos a todos sem distinções preconceituosas.

Pelo conceito jusnaturalista, o fundamento dos direitos humanos vem do direito natural, o qual é enxergado como antecessor as normas estatais, devendo estas, respeitá-lo e se basearem nele. Inicialmente a corrente jusnaturalista compreendia aspectos religiosos e naturais, passando mais adiante a considerar também a razão humana como parâmetro para definir o que seriam os direitos inerentes as pessoas, acreditando que:

Ora, pensa ele, se se trata de um preceito divino, então deve ser seguido. Ou, de outra forma, se essa é a própria natureza das coisas, ou do homem, como contrariá-la? Ou, ainda, se a razão está a apontar determinado caminho, este é o correto (GIGANTE, 2010, p.17).

No que concerne aos juspositivistas, a lei é a origem do direito, aceitando apenas o direito reconhecido pelo Estado, ou seja, o positivado. Em razão disso, Ramos (2018, p. 96) define essa corrente como nacionalista, pois, “exige que os direitos sejam prescritos em normas internas para serem exigíveis em face do Estado ou de outros particulares”. Algumas vertentes chegam até a adotar critérios “historicistas (usos e costumes da sociedade), sociológicos (fatos da natureza social e prevalência do método indutivo) ou psicologistas (interpretação dos juristas e/ou filósofos)” como base para interpretações legais, mas nunca sobrepondo-os a lei (GIGANTE, 2010, p.18).

Apesar de suas divergências, vez ou outra, as duas correntes podem se encontrar, por exemplo, ao constatar que mesmo os que creem na existência dos direitos naturais, direitos que não necessitam de criação via processo legal, admitem que a sua proteção e reconhecimento judicial são indispensáveis para uma aplicabilidade efetiva (LOPES apud JUNIOR; OLIVEIRA, 2007).

Para Junior e Oliveira (2007), os direitos humanos representam um conjunto de cláusulas que possuem motivação nos direitos naturais, visando manter a convivência social através da aspiração de garantir que os indivíduos tenham condições de vida baseadas em dignidade, igualdade e liberdade.

Bobbio (2004), acredita que os direitos naturais são também históricos, para o autor a percepção sobre os direitos necessários ao aperfeiçoamento da pessoa humana se dá com o passar dos anos através dos problemas sociais, econômicos e psicológicos vividos. Os direitos humanos, independente da geração, são conquistas, nascem através de lutas contra as mais diversas opressões, tem como função limitar o poder do Estado sobre os homens e assegurar que os mesmos sejam protegidos pelo país.

Os direitos humanos, também conhecidos como direitos do homem, são cruciais para instituir uma democracia, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”, isto é, garantir o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros, é fundamental para sustentar a paz na sociedade (BOBBIO, 2004, p. 7).

Para os direitos humanos provocarem efeitos, é necessário que os mesmos sejam reconhecidos pelos países. A instituição dos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, trata-se da repercussão dos direitos humanos em suas constituições, criando não só “direitos indisponíveis que o cidadão possui em face do estado” (JUNIOR e OLIVEIRA, 2007, p. 45), como também, limitações nas relações sociais e entre Estado e cidadão (RAMOS, 2018). Sua necessidade passou a ser reconhecida, principalmente, após a segunda guerra mundial, quando se tornaram claros os riscos de se deixar a tutela dos direitos humanos apenas a cargo dos Estados.

As atrocidades presenciadas durante a segunda guerra mundial tornaram inegável a necessidade de afirmar, proteger e garantir tais direitos, a partir de então, a internacionalização dos Direitos Humanos passou a ganhar consistência.

Piovesan (2018) leciona que, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se deu após acreditar-se que, a existência de um sistema consistente de proteção internacional viria a prevenir as violações aos direitos do homem. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, funciona como uma garantia de que, caso o Estado venha a falhar em sua responsabilidade de protege-

los e garanti-los, o indivíduo prejudicado terá onde recorrer, Trindade (1997, p.6)confirma:

Um papel importante está aqui reservado aos advogados de supostas vítimas de violações de direitos humanos, particularmente nos países em que aquela tendência ainda não se tem acentuado com vigor: no intuito de buscar a redução da considerável distância entre o reconhecimento formal, e a vigência real, dos direitos humanos, consagrados não só na Constituição e na lei interna como também nos tratados de proteção, cabe aos advogados invocar estes últimos, referindo-se às obrigações internacionais que vinculam o Estado no presente domínio de proteção, de modo a exigir dos juízes e tribunais nacionais, no exercício permanente de suas funções, que considerem, estudem e apliquem as normas dos tratados de direitos humanos, e fundamentem devidamente suas decisões.

A internacionalização só foi possível após a revisão do conceito de soberania estatal, compreendendo que esta deveria ser relativizada, uma vez que, a forma com a qual o Estado trata seus cidadãos não seria mais um tema de interesse apenas nacional (PIOVESAN, 2018).

Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2018, p. 83).

Atualmente o Sistema Internacional de Proteção aos direitos humanos encontra-se subdividido em Direito Internacional dos Direitos Humanos, responsável pela proteção ao ser humano de uma forma geral; Direito Humanitário, voltado a situações em que haja conflitos armados e o Direito Internacional dos Refugiados, agindo na proteção de refugiados. É importante ressaltar que os sub-ramos não são vertentes autônomas, mas sim complementares.

[...]É constatada uma relação de complementaridade. Tanto o DIH quanto o DIR não excluem a aplicação geral das normas protetivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos[...]. Também a relação de complementaridade é notada no uso do DIDH para suprir eventuais insuficiências dos demais, uma vez que somente no DIDH é que existem sistemas de acesso das vítimas a órgãos judiciais e quase judiciais internacionais (o que não ocorre no DIR ou no DIH) (RAMOS, 2018, p. 160).

Dentro dos sub-ramos, o sistema de proteção internacional conta com uma gama de tratados para fazer avançar a proteção as pessoas, os principais são: A

Carta Internacional de Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (RAMOS, 2018).

4. A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE AS LEGISLAÇÕES NACIONAIS

Tratados internacionais são a fonte do direito internacional, conceituados pela Convenção de Viena (1969) como, a firmação de um acordo regido pelo direito internacional entre um ou mais Estados e ou organizações sendo seus efeitos aplicáveis apenas aos países adotantes. Como expõe Matosinho e Bernardi (2015), ao firmar tratados internacionais, o país está admitindo quais são suas preocupações e aspirações relacionadas ao futuro.

É estabelecido pela convenção de Viena que ao adotar um tratado internacional dentro do livre exercício de sua soberania, o mesmo deve cumprir de boa-fé as medidas expressas pelo tratado incorporando-as ao seu ordenamento jurídico, uma vez que sua eficácia depende da incorporação de tais normas no ordenamento jurídico dos Estados adotantes (PIOVESAN, 2018).

Apesar de não constar na convenção de Viena (1969) norma que especifique qual seria a relação hierárquica entre direito internacional e direito interno, Mazzuoli (2015) acredita ser o princípio da boa-fé, uma forma de superar conflitos que venham a existir entre as regras convencionais e costumeiras e o direito interno, como também, aliado ao art. 27 da convenção de Viena, um meio para estabelecer a supremacia do direito internacional sob as normas nacionais, pois tal veda a invocação de normas internas como justificativa para descumprir normas adotadas vide tratados internacionais.

O trabalho de Trindade (1997) possibilita compreender a influência que o sistema internacional de direitos humanos tem exercido no ordenamento jurídico dos países em geral, o autor demonstra que no século XX já havia grande consciência sobre a importância de ferramentas jurídicas específicas para a proteção da pessoa

humana. Trindade (1997) já compreendia a incoerência em pensar em direito internacional e direito constitucional de forma separadas ao se tratar de direitos humanos, pois é fato que as assimilações feitas em ambientes nacionais transformam o direito internacional e as conclusões feitas nesse espaço mudam o direito constitucional dos Estados.

Tanto Trindade (1997) quanto Mazzuoli (2015) citam exemplos claros do impacto que o direito internacional exerce sobre o direito interno, países situados em quase todos os continentes atribuem força normativa superior ou equivalente aos dispositivos do direito internacional dos direitos humanos, poucos são os casos em que Estados declaram as leis internas superiores as internacionais.

[...] as profundas mudanças constitucionais que vêm ocorrendo nos países de Leste Europeu a partir de 1988-1989, visando a construção de novos Estados de Direito, [...] têm, a um tempo, gerado um novo constitucionalismo assim como uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos. [...] É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista (TRINDADE, 1997, p. 3 e 6).

[...] Constituição austríaca, de 1º de outubro de 1920, que, em seu art. 9º, determinava: "As regras geralmente reconhecidas do direito internacional são consideradas parte integrante da lei federal".[...] A Constituição Espanhola de 1978, por seu turno, em seu art. 96, nº 1, dita a regra de que "os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola". [...] No que se refere aos tratados de proteção dos direitos humanos, a Carta peruana dispõe, na seção quarta das suas "Disposições Finais e Transitórias", que: "As normas relativas aos direitos e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretam de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pelo Peru" [...] (MAZZUOLI, 2015, p. 111 e 112).

É inevitável não assimilar que apesar dos séculos e épocas distintas os autores compartilham a mesma perspectiva quanto ao impacto e poder das normas do direito internacional e seus relatos demonstram que os direitos humanos realmente exercem influência sob o direito nacional. Entretanto há autores, como Jaichand (2014) que acreditam que o direito internacional dos direitos humanos está estagnado e não tem alcançado as minorias que ganharam visibilidade mais recentemente, ou seja, as que não se encaixam em vítimas de genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade.

Tal abordagem fortalece o discurso de Bobbio (2004), atualmente o desafio

não está em fundamentar a origem dos direitos humanos, mas sim em cumpri-los e garanti-los. Como é o caso, por exemplo, das minorias sexuais que ainda possuem seus direitos humanos violados ou negados em todas as partes do mundo mesmo após já terem sido tema de convenções, resoluções e discussões internacionais como pode ser visto em UNAIDS (2013), Gorisch (2014) e OHCHR (2018).

5. MINORIAS SEXUAIS INSERIDAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

As entidades de direitos humanos tardaram a tratar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como tema digno de atenção. Os homossexuais foram mencionados pela ONU apenas 35 anos após a sua criação e somente para serem associados aos surtos de HIV/AIDS que ocorreram nos anos 80 (GORISCH, 2014).

Depois de 49 anos de negligência, a violação dos direitos dos homossexuais só veio a ser mencionada devido a coragem de Nicholas Toonen ao denunciar as privações pelas quais vinha passando causadas pelas leis discriminatórias do estado da Tasmânia, Austrália. As leis do país foram consideradas violadoras dos direitos humanos por criminalizarem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Ao concluir o caso, o Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR) vinculado ao conselho de direitos humanos, declarou que legislações que venham a violar os direitos LGBT automaticamente estarão violando as leis de direitos humanos (GORISCH, 2014).

As leis do estado Australiano violavam tratados de direitos humanos aos quais o país havia assinado. A revogação das leis australianas e a declaração do ICCPR incorreram na compreensão de que, mesmo de forma indireta, os tratados de direitos humanos podem abranger as minorias sexuais (TERTO e SOUZA, 2015). Desde então o reconhecimento sobre as demandas das minorias sexuais cresceu e o espaço ocupado por esse tema nas entidades e reuniões dos direitos humanos aumentou.

[...] (i) a negociação de uma Convenção sobre Toda Forma de Discriminação e Intolerância capitaneada pelo Brasil na OEA, em 2005;5 (ii) a adoção dos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação das Normas Internacionais de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, de 2006, fora do âmbito da ONU, mas com o beneplácito do seu Alto Comissariado para os Direitos Humanos; (iii) a proposta de Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e

Identidade de Gênero, patrocinada pela França e pela Holanda na ONU, em 2008; (iv) aprovação da Resolução 2435, Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, patrocinada pelo Brasil e adotada pela Assembleia Geral da OEA, também em 2008; (v) a adoção do Comentário Geral n. 20, de 2009, do Conselho Econômico e Social (Ecosoc), que consolida o entendimento de que a fórmula “outros status”, na sequência da enumeração de motivos pelos quais o Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proíbe a discriminação (art. 2º [2]), inclui a orientação sexual. [...] (i) [...] decisões do Comitê de Direitos Humanos, no marco do Protocolo sobre Direitos Civis e Políticos, como nos casos Joslin, de 2002, e Young, de 2003; (ii) [...] recomendações, relatórios e comentários gerais de outros órgãos criados com base em tratados, como o Comitê contra a Tortura, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres e o Comitê para os Direitos da Criança; (iii) [...] relatórios elaborados no âmbito dos procedimentos especiais (NAGAMINE, 2019, p. 35 e 36).

Como salientado por Lelis e Galil (2018), é inegável o progresso feito sobre o reconhecimento dos direitos das minorias sexuais, entretanto, ao analisar tal situação deve-se ter em mente que, haja a vista a situação omissiva e excludente a qual as minorias sexuais sempre estiveram submetidas, qualquer avanço pode parecer revolucionário. Se bem observado, logo se percebe que o que foi garantido e reconhecido juridicamente até o presente momento não passa de direitos básicos e comuns aos que não pertencem a essa minoria, não havendo ainda a criminalização da discriminação.

Apesar de ter aumentado a representação das minorias sexuais dentro dos direitos humanos, a sua proteção jurídica tanto internacional quanto nacional, em grande maioria ainda é indireta. No direito internacional, usa-se apenas a interpretação de instrumentos já existentes, não há documentos vinculantes que garantam direitos materiais em espécie, exceto um, que por sua vez possui apenas alcance regional e que se restringe a proibir a discriminação.

6. CONCLUSÃO

A discriminação por orientação sexual e identidade de gênero afasta seu receptor do seu direito a igualdade e dignidade. Durante o processo discriminatório o indivíduo é marginalizado, tem sua autonomia sexual, integridade física e mental violadas e o seu acesso a direitos civis restringido. Como pôde ser visto em UNAIDS (2013), OHCHR (2018) e ILGA (2019) são poucos os Estados que possuem uma legislação que garanta a igualdade para as minorias sexuais e que criminalizem a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Deve-se enfatizar que a criação de documentos vinculantes não resolverá por completo os problemas relacionados a discriminação, pois esta tem suas raízes em estigmas culturais complexos. Geralmente a discriminação vem acompanhada de argumentos religiosos e machistas, não sendo considerado pelo discriminador que a autonomia da vida privada e a pluralidade de crenças ou descrenças devam ser respeitadas, pois a doutrina de determinada religião deve ser seguida apenas voluntariamente aos que a ela se submetam (VECCHIATTI, 2012).

O preconceito reproduz seus efeitos no cotidiano através de piadas e ofensas veladas, dificilmente os dispositivos jurídicos alcançarão essas situações cotidianas as quais fomentam as atitudes discriminatórias mais graves. Sendo assim, tem-se que a conscientização se torna imprescindível para que os efeitos do preconceito sejam atenuados. Acredita-se que dispositivos como as recomendações da campanha “Nascidos Livres e Iguais”, baseadas em discussões, resoluções e orientações de mecanismos dos direitos humanos e implementadas pela ONU com o intuito de orientar os Estados sobre suas obrigações para com as minorias sexuais (UNAIDS, 2013), devam ser empregadas e fiscalizadas mais impetuosamente.

Como demonstrado em ILGA (2019), mesmo os países que concordaram com os poucos princípios, declarações e resoluções ainda deixam muito a desejar quanto a garantias jurídicas de inclusão. O Brasil por exemplo, signatário e precursor na implementação de discussões e resoluções internacionais sobre o tema, como foi identificado por Associação Grupo Gay da Bahia (2018), ainda possui casos intensos e constantes de discriminação e como também dificuldades em implementar políticas básicas de conscientização como a educação sexual, que é cultural e equivocadamente mal vista como uma prática que expõe a criança a uma sexualização precoce. Negar a educação sexual contribui para que o indivíduo cresça cultivando atitudes tradicionalmente discriminatórias (FURLANETTO, et al, 2018).

Tais fatos levam a concordar com Oliveira (2015) e Lelis e Galil (2018), houveram avanços nas condições de vida das minorias sexuais e na atuação dos direitos humanos visando sua proteção, porem mínimos. Até então apenas os direitos civis e básicos foram colocados em questão e promovidos em poucos países. Necessita-se, como exposto por Siqueira e Machado (2018), de instrumentos vinculantes, com grande alcance regional, que venham a realmente criminalizar discriminação. Pois é inadmissível que indivíduos tenham suas vidas

sexuais, seus direitos civis e sua segurança negligenciados ou negados com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Admite-se que os dispositivos jurídicos isolados não resolverão o problema, entretanto acredita-se que esses associados a obrigação de implementar políticas de conscientização sejam o caminho para a igualdade, como foi o caso das Convenções de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que, ainda usando o Brasil como exemplo, não trouxeram o fim do problema, mas com certeza iluminaram a causa.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VECCHIO, Victor Antônio Del. Os princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero, **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 113 p. 645 - 668 Jan./Dez. 2018.

ASSOCIAÇÃO GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Mortes violentas de LGBT no Brasil Relatório 2017**. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/>. Acesso em: 2019.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANS E INTERSEXO - ILGA. **Homofobia do Estado**, ed. 13, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/es/ilga-lanza-informe-homofobia-estado-2019> Acesso em: 2019

CASTRO, Cristina Veloso de. **As garantias constitucionais das pessoas transexuais**. 1 ed. Birigui, São Paulo: Boreal Editora, 2016.
CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil, **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1971.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS ENTRE ESTADOS E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS OU ENTRE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS. **Instituto dos Advogados de Minas Gerais: Portal de Direito Internacional**. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13760/material/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Viena%20Dir%20Tratados%20Estados%20e%20Ois%20-%201986.pdf>. Acesso em: 2019

FURLANETTO, Milene Fontana; LAUERMANNI, Franciele; COSTA, Cristófer Batista da; MARINI, Angela Helena. Educação sexual em escolas brasileiras: revisão sistemática da literatura. **Cadernos de pesquisa**, v.48 n.168, 2018, p.550-571 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v48n168/1980-5314-cp-48-168-550.pdf>. Acesso em: 2019.

GHORAYEB, Daniela Barbeta. Homossexualidades na adolescência: aspectos de saúde mental, qualidade de vida, religiosidade e identidade psicossocial, 2012. 147 p. **Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas**, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/309446>>. Acesso em: 2019.

GIGANTE, Rodrigo Duarte. Do jusnaturalismo ao juspositivismo: Uma breve história do pensamento jurídico. **Revista Intertemas**, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, São Paulo: ISSN 1677-1281, 2010, p. 17 e 18.

JAICHAND, Vinodh. Após o estabelecimento de normas de direitos humanos, o que virá a seguir? **Revista Internacional de Direitos Humanos/Sur**, Rede Universitária de Direitos Humanos, São Paulo: v.1, n.1, 2004, p. 37 a 44.

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 45, 2007

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 7ª reimpressão, nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LELIS, Rafael Carrano; GALIL, Gabriel Coutinho. Direito internacional monocromático: previsão e aplicação dos direitos LGBTI na ordem internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, 2018, p. 227-298.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9º edição, **Revista dos Tribunais**, 2015.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016). **Revista Latinoamericana**, ISSN 1984-6487, n. 31, 2019, p.28-56.

OHCHR. **Leave no LGBT person behind**: Statement by human rights experts on the International Day against Homophobia, Transphobia and Biphobia, Banjul/Geneva/Strasbourg/Washington, D.C., 16 May 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23092&LangID=E>. Acesso em: 2019.

OLIVA, Thiago Dias; KÜNZLI, Sebastian Willi. Proteção das minorias no direito internacional, **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.113, p. 703 – 719, 2018.

PERUCCHI, Juliana., COELHO BRANDÃO, Brune., DOS SANTOS VIEIRA, Hortênsia Isabela., Aspectos psicossociais da homofobia intrafamiliar e saúde de jovens lésbicas e gays. **Estudos de Psicologia** [en linea]. 2014, 19(1), 67 76, ISSN: 1413-294X. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26131638009>. Acesso em: 2019.

PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS - UNAIDS. **Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos**. 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18 ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. A proteção dos direitos humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos E Democracia**, 6(11), 167-201. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.167-201>. Acesso em: 2019.

TERTO, Angela Pires; SOUZA, Pedro Henrique Nascimento. De stonewall à assembleia geral da onu: reconhecendo os direitos lgbt, **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, Mato Grosso do Sul: v.5. n.7, 2015, ISSN 2316-8323.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional E Direito Interno: Sua Interação Na Proteção Dos Direitos Humanos., São Paulo: **Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**, prefácio, p. 15 – 46, 1997.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, ISBN 978-85-309-4549-7.