

Organização:

Márcia Ribeiro da C. Valentin

Marcelo Maciel Ramos

Pedro Augusto Gravatá Nicoli

**DICIONÁRIO
JURÍDICO DO
GÊNERO E DA
SEXUALIDADE**

editora
DEVIRES

DISCRIMINAÇÃO

*Marcelo Maciel Ramos*²²⁸

O direito brasileiro proíbe qualquer forma de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Trata-se de discriminação punível, conforme manda a Constituição Federal no art. 5º, XLI, pela Lei n. 7.716 de 1989, que é a lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Essa lei passou a ser aplicável também aos crimes de preconceito por orientação sexual e identidade de gênero em 2019 com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26.

Essa decisão introduziu as seguintes regras gerais antidiscriminatórias na ordem jurídica brasileira: (1) “ninguém pode ser privado de direito nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero” e (2) deve-se aplicar às “condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, as penas do crimes de racismo previstas na Lei n. 7.716 de 1989 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2019, p. 6-10-2020).

A Lei n. 7.716 de 1989 estabelece os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional e, desde 2019, portanto, também de discriminação ou preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. Nos termos da lei, constituem crimes de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero: praticar, induzir e incitar o preconceito, negar emprego público ou privado ou a ascensão profissional, tratar de modo diferenciado no ambiente de trabalho, impedir o acesso ou negar atendimento em estabelecimentos comerciais, em edifícios públicos ou residenciais e no transporte público e impedir o casamento ou a convivência familiar e social de pessoas LGBT. Esses crimes são puníveis com penas de reclusão que variam de dois a cinco anos, com a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por até três meses e, para servidor público, com a perda do cargo ou função.

²²⁸ Professor da Faculdade de Direito da UFMG desde 2012. Professor visitante da Duke University 2019-2020. Coordenador do Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero. E-mail: mmramos@ufmg.br.

Vale dizer que a Lei n. 7.716 é lei federal com validade e aplicação em todo o território nacional. Além dela, existem várias leis estaduais e municipais que estabelecem sanções administrativas para a discriminação e o preconceito em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

A proibição da discriminação por orientação sexual está explicitamente afirmada pela Constituição Estadual de oito Estados da federação – Alagoas, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Pará, Piauí, Santa Catarina e Sergipe –, afastando a validade de qualquer regra jurídica discriminatória de pessoas LGBT em seus territórios. Esta proibição também está implicitamente afirmada nas Constituições Estaduais de nove outros Estados – Amapá, Goiás, Bahia, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e Tocantins –, nas quais há algum dispositivo antidiscriminatório geral, seja na forma de uma proibição a toda forma de discriminação, seja através de cláusulas abertas que exemplificam alguns tipos de discriminação.

Além disso, ao menos quinze entes federativos – Distrito Federal, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraíba, Piauí, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Amazonas, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Sergipe e Goiás – têm leis estaduais antidiscriminatórias para pessoas LGBT que proíbem e estabelecem penalidades para a discriminação por orientação sexual. Porém, vale observar que entre os doze Estados sem leis antidiscriminatórias para pessoas LGBT, Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Pará, Paraná, Pernambuco, Roraima, Rondônia, Tocantins, quatro têm dispositivos antidiscriminatórios por orientação sexual em suas constituições: Alagoas, Ceará, Espírito Santo e Pará.

É interessante observar que isso significa que mais de 80% da população brasileira vive em Estados cujas constituições ou leis proíbem expressamente a discriminação de pessoas LGBT. Além disso, mesmo nos Estados sem dispositivos antidiscriminatórios específicos em lei estadual – Acre, Amapá, Bahia, Paraná, Pernambuco, Roraima, Rondônia e Tocantins –, há importantes leis municipais antidiscriminatórias, como as de Salvador e Recife.

Entre as leis estaduais que proíbem a discriminação por orientação sexual estão: a Lei n. 2.615 de 2000 do Distrito Federal, a Lei n. 7.041 de 2015 do Estado do Rio de Janeiro (que substitui a Lei n. 3.406 de 2000, ampliando as definições de discriminação por orientação sexual), a Lei n. 10.948 de 2001 do Estado de São Paulo (com alterações da lei n. 15.082 de 2013), a Lei n. 14.170 de 2002 do Estado de Minas Gerais, a Lei n. 11.872 de 2002 do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar n. 527 de 2010 do Estado de Santa Catarina

(que substituiu a Lei n. 12.574 de 2003), a Lei n. 7.309 de 2003 do Estado da Paraíba, a Lei n. 5.431 de 2004 do Estado do Piauí, a Lei n. 3.157 de 2005 do Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei n. 8.444 de 2006 do Estado do Maranhão, a Lei n. 3.079 de 2006 do Estado do Amazonas, a Lei n. 9.036 de 2007 do Estado do Rio Grande do Norte, a Lei n. 8.967 de 2008 do Estado de Mato Grosso, a Lei n. 7.383 de 2012 do Estado de Sergipe e a Lei n. 18.692 de 2014 do Estado de Goiás.

Entre os maiores municípios brasileiros, há dispositivos expressos que repudiam a discriminação por orientação sexual nas leis orgânicas de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Distrito Federal, de Salvador, de Fortaleza, de Goiânia, de Porto Alegre, de Maceió, de Campinas e de São Gonçalo. Vale lembrar que as leis orgânicas são as leis constitucionais dos municípios, com o poder de afastar qualquer legislação municipal ou ato dos poderes públicos discriminatórios de pessoas LGBT.

Além disso, há no Brasil importantes leis antidiscriminatórias municipais, das quais destaco a Lei n. 5.275 de 1997 de Salvador (com redação alterada pela lei n.9.498 de 2019), a Lei n. 9.791 de 2000 de Juiz de Fora, a Lei nº 8.176 de 2001 de Belo Horizonte, a Lei n. 16.780 de 2002 de Recife, a Lei n. 4.172 de 2007 de São João Del Rey, a Lei n. 4.774 de 2008 do Rio de Janeiro, a Lei n. 3.723 de 2009 de Aracajú, a Lei n. 7.961 de 2009 de Florianópolis (com alterações da Lei n. 10.187 de 2017), a Lei n. 8.627 de 2014 de Vitória (com alterações da lei n. 9.571 de 2019)²²⁹.

As leis antidiscriminatórias estaduais e municipais estabelecem penalidades administrativas para atos discriminatórios em razão da orientação sexual e da identidade de gênero praticados por pessoas, estabelecimentos privados, agentes ou órgãos públicos. Muitas dessas leis têm conteúdo parecido. De modo geral, elas repudiam e estabelecem punições para os seguintes tipos de discriminação contra pessoas LGBT+: 1) praticar ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória; 2) impedir o acesso, recusar atendimento ou tratar de modo diferenciado em estabelecimentos comerciais ou em órgãos públicos; 3) negar ou dificultar a aquisição ou locação de imóveis; 4) inibir ou proibir a manifestação pública de carinho ou afeto; 5) negar emprego, demitir ou dificultar ascensão profissional; 6) criar embaraços à utilização de áreas comuns de edifícios;

²²⁹ Embora esse mapeamento de leis seja fruto de uma investigação exaustiva nas Assembleias Legislativas de Estados e nas Câmaras Municipais de capitais e municípios de grande porte, é possível que existam outras leis que não foram identificadas em razão da precariedade ou inexistência de mecanismos de buscas em muitas casas legislativas.

7) recusar ou preterir atendimento médico; 8) induzir ou incitar a discriminação pelos meios de comunicação social. As penalidades mais comuns são imposição de multa, a suspensão ou cassação do funcionamento de estabelecimentos. Para agentes públicos, as leis antidiscriminatórias remetem normalmente aos estatutos próprios dos servidores nos Estados ou municípios, muitos dos quais estabelecem desde a advertência até a perda do cargo ou função em razão da prática de ato discriminatório. Alguns Estados e municípios também estabelecem como penalidades para estabelecimentos comerciais a rescisão de contrato com a administração pública, a inabilitação para recebimento de isenção, anistia ou benefício tributário²³⁰.

A Doutrina Jurídica da Discriminação

Feitas estas considerações de ordem prática sobre os dispositivos antidiscriminatórios que garantem a pessoas LGBTQ+ no Brasil o direito a não discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, é importante tratar, ainda que de modo breve, do debate doutrinário sobre a discriminação. Isto porque discriminação é um conceito complexo, em torno do qual há não só uma grande produção acadêmica, mas também um importante debate jurídico sobre seus possíveis enquadramentos, aplicações e limites.

De modo geral, a discriminação consiste em ações individuais e coletivas, institucionais e estruturais que promovem, a partir das diferenças percebidas entre indivíduos e grupos, um tratamento desigual. A discriminação tem tanto um sentido negativo, quanto um sentido positivo. A discriminação negativa consiste no tratamento desigual que produz desvantagem ou exclusão de indivíduos ou grupos em razão de suas diferenças. A discriminação positiva consiste no tratamento desigual que promove a equalização de indivíduos ou grupos que estão em condições de desigualdade. Enquanto a discriminação negativa é uma prática que produz de modo ativo ou omissivo desigualdades, a discriminação positiva é um tipo de ação que procura compensar desigualdades para produzir igualdades substanciais.

Quando falamos em leis ou dispositivos antidiscriminatórios estamos nos referindo a práticas jurídicas que proíbem a discriminação negativa, isto é, a exclusão, o tratamento desigual ou a produção de desvantagens para indivíduos ou grupos em razão de

²³⁰ Este é um resumo geral daquilo que aparece com mais frequência nas várias legislações antidiscriminatórias dos Estados e municípios.

suas diferenças. Todavia, o direito contemporâneo, fundado na igual dignidade e liberdade das pessoas, tem o compromisso não só de combater discriminações negativas, mas também de ele próprio promover discriminações positivas com a finalidade de produzir a igualdade de oportunidades e acesso para indivíduos e grupos que se encontram em circunstâncias de desvantagem, exclusão ou desigualdade material.

Nos dicionários, o significado geral do verbo discriminar é o de distinguir, discernir ou perceber as diferenças ou, ainda, o de especificar e classificar algo com base em suas características distintivas. Discriminar, portanto, é uma operação típica do saber, da forma como apreendemos ou percebemos as coisas. Além disso, toda ação política institucional e toda ação jurídica envolvem algum tipo de discriminação que identifica e especifica não só os benefícios ou direitos que estão em jogo, como também as pessoas que estão aptas ou que poderão acessar esses benefícios ou direitos.

Todavia, a discriminação de pessoas nunca é um mero procedimento técnico e objetivo de raciocínio. Os critérios utilizados para classificar, bem como as características distintivas atribuídas a indivíduos ou grupos são construções culturais atravessadas por toda sorte de interesses e posições políticas. Ainda que se possa argumentar que é possível distinguir pessoas com base em critérios razoáveis para atingir fins justos, é importante ter claro que toda discriminação social, política ou jurídica consiste em uma operação de caráter moral ou normativo que produz para pessoas ou grupos o efeito de limitar ou ampliar o exercício de liberdades e direitos.

Portanto, um dispositivo jurídico antidiscriminatório é uma regra que proíbe e pune especificamente ações de discriminação negativa que produzem desvantagens, desigualdades ou a exclusão para pessoas que já estão em uma situação social de desvantagem, desigualdade e exclusão.

Dispositivos antidiscriminatórios são instrumentos anti-racistas, anti-sexistas, anti-LGBTfóbicos *etc.* Embora possa parecer óbvio, é importante evidenciar que a discriminação negativa só é possível, só acontece porque ela está constituída e respaldada por discursos e normas sociais hegemônicos, bem como por estruturas de poder que são produzidas e são apropriadas pelos grupos sociais que se beneficiam da discriminação. Dispositivos jurídicos antidiscriminatórios são instrumentos de inclusão. Eles são mecanismos que procuram reverter uma situação na qual pessoas ou grupos estão sistemática e estruturalmente em desvantagem ou excluídas. Eles não servem

para proteger ou incluir quem já está protegido e incluído pela ordem social e jurídica.

Por essa razão, constitui uma contradição falar em racismo reverso, heterofobia ou cisfobia. Ainda que pessoas brancas, heterossexuais e/ou cisgêneras possam se sentir individualmente ofendidas, preteridas ou ameaçadas por sua cor, sua sexualidade ou sua identidade de gênero em circunstâncias pontuais, não existe e nunca existiu no Brasil discursos, normas e estruturas sociais hegemônicas que produzem ou respaldem uma posição minoritária ou marginal de indivíduos brancos, heterossexuais e cisgêneros. Racismo, sexismo, homofobia e transfobia são discriminações que produzem desvantagens e limitações de direitos de modo repetido e persistente e, em relação às quais há condescendência ou respaldo das instituições sociais e dos valores dominantes. A proibição de discriminações negativas e a promoção de discriminações institucionais positivas (como no caso de cotas e ações afirmativas) têm como destinatários pessoas e grupos minoritários ou marginalizados. A invocação de instrumentos de inclusão e equalização por grupos sociais dominantes ou majorias não passa de artifício retórico para proteger suas condições de privilégio.

Adilson Moreira identifica como Direito Antidiscriminatório o campo jurídico que congrega normas jurídicas, decisões judiciais e doutrinas que articulam um esquema protetivo contra discriminações, que elaboram “novas perspectivas de interpretação da igualdade e a criação de mecanismos institucionais e políticas públicas destinadas à proteção de minorias e grupos vulneráveis”. Trata-se de um conjunto normativo que pretende “reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos” através da proibição e combate do tratamento desvantajoso intencional e arbitrário (discriminação negativa) e pela promoção de “ações voltadas para a integração social de minorias” (discriminação positiva). Os Direitos antidiscriminatórios estão fundados no compromisso de uma ordem jurídica democrática com a proteção de liberdades individuais, com os direitos sociais e com a inclusão de grupos marginalizados ou subalternizados (MOREIRA, 2020, Kindle, cap. 1).

A discriminação tem múltiplas dimensões e facetas, muitas das quais não são enfrentadas pela doutrina jurídica, nem adequadamente repudiadas pelos instrumentos legais disponíveis. A discriminação pode se dar de modo direto e indireto, de modo deliberado ou inconsciente. Ela pode ser praticada por um indivíduo ou uma coletividade, ela pode se institucionalizar nas leis e políticas públicas ou estar estruturalmente incorporada nas normas sociais dominan-

tes. Por fim, as discriminações são de muitos tipos (racismo, sexismo, LGBTfobia, xenofobia *etc.*) e muito frequentemente elas se atravessam ou se interseccionam de modos específicos em determinados indivíduos ou grupos.

Conforme explica Moreira, em seu monumental e minucioso Tratado Antidiscriminatório, do ponto de vista jurídico, a discriminação direta envolve intencionalidade e viola proibições legais. Já a discriminação indireta acontece quando uma norma ou prática institucional “tem um impacto desproporcionalmente negativo sobre um grupo vulnerável”, quando essa norma ou prática, embora apresentada como neutra, “encobre o interesse de uma pessoa ou instituição em discriminar certo grupo de indivíduos” (2020, Kindle, cap. 9.1 e 9.2). Na discriminação indireta a intenção não é explícita, os interesses em jogo estão ocultos por argumentos que invocam a técnica da neutralidade e da impessoalidade, que desconsideram (e ocultam) os efeitos desiguais de poder que as diferenças produzem sobre corpos e grupos distintos.

A discriminação indireta está muitas vezes inscrita no inconsciente dos indivíduos e instituições que a mobilizam. Com frequência, o agente da discriminação não tem clareza sobre suas motivações, sobre suas inclinações e preferências apreendidas nos seus processos de socialização e de como essas inclinações e preferências não declaradas ou não refletidas têm sobre o julgamento e o tratamento que dispensa a determinados indivíduos e grupos (MOREIRA, 2020, Kindle, cap. 11.1). O ponto mais relevante da discriminação inconsciente, como chama atenção Moreira, “é a prevalência de atitudes preconceituosas em pessoas comprometidas com ideais igualitários. Embora defendam a necessidade do mesmo tratamento entre todas as pessoas, elas ainda atuam segundo estereótipos” (MOREIRA, 2020, Kindle, cap. 11.2). Trata-se de um tipo de discriminação que, embora frequente, é de difícil demonstração jurídica. Afinal, como se prova as inclinações racistas ou LGBTfóbicas de um juiz, um patrão, um agente público, especialmente em um contexto social no qual essas inclinações constituem os imaginários e os comportamentos hegemônicos daqueles que exercem poder?

O direito enquadra normalmente a discriminação como um ato individual. Ainda que as leis antidiscriminatórias se imponham tanto a indivíduos quanto a coletividades, como empresas privadas, estabelecimentos comerciais ou mesmo à órgãos e entidades públicas, a apuração considera, em primeiro lugar, a ação discriminatória individual. É o comportamento do agente da discriminação que será escrutinado e enquadrado através de procedimentos policiais, processos

judiciais ou administrativos. Mesmo quando a responsabilização recai sobre pessoa jurídica de direito privado ou público, é a discriminação perpetrada pelo sócio, empregado, membro ou o detentor do cargo ou função pública que será analisada individualmente (e individualmente responsabilizada quando for o caso), antes mesmo da análise da responsabilização objetiva da pessoa jurídica em questão.

Porém, conforme vimos, a discriminação não ocorre apenas de modo direto e deliberado por parte de indivíduos. Ao contrário, a discriminação tem um caráter eminentemente coletivo. Ela não só está socialmente constituída, difundida e incorporada e reiterada nos comportamentos individuais, como ela também se inscreve no funcionamento das instituições. Ela compõe os discursos, inclusive os científicos, as normas, inclusive as jurídicas. A discriminação institucional assume várias formas. Ela é facilmente identificável quando se apresenta como política do Estado ou como regra jurídica, como foi o caso da escravidão, do apartheid, do nazismo, das leis segregatórias *etc.* Por outro lado, a discriminação institucional toma corpo também em regimes democráticos quando a omissão ou a cumplicidade diante das desigualdades e desvantagens produzidas para determinados indivíduos e grupos é sistematicamente normalizado e encoberto por aqueles que exercem poder.

Silvio de Almeida entende, a propósito da discriminação racista, que há uma diferença entre racismo institucional e racismo estrutural. Para a concepção institucional, “o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça” (ALMEIDA, 2020, p. 37-38). As desigualdades produzidas pela discriminação não se sustentam apenas em ações individuais. Elas existem e se perpetuam porque elas permeiam e constituem as próprias instituições sociais, cujos padrões de funcionamento privilegiam determinados grupos em detrimento de outros. Porém, o funcionamento das instituições está condicionado por uma ordem social que as precede. “As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social”. As pessoas que compõem as instituições, que estabelecem suas práticas e regras, que mobilizam seu funcionamento cotidiano são pessoas que reproduzem práticas sociais corriqueiras (ALMEIDA, 2020, p. 47; 48). Portanto, a discriminação institucional expressa e está condicionada pela discriminação estrutural.

Vale dizer, ainda, que a discriminação é estrutural quando ela está constituída e constitui relações assimétricas de poder sistêmicas entre grupos, como a que existe entre homens e mulheres, entre

brancos e negros, entre heterossexuais e homossexuais, entre pessoas cisgêneros e pessoas transgêneros, entre pessoas de culturas ou origens nacionais distintas *etc.* A discriminação é estrutural quando há um acúmulo de desvantagens sociais suportadas por determinados grupos, quando esses grupos são percebidos socialmente de modo preponderante ou persistente como detentores de um menor valor ou de uma menor capacidade. A discriminação estrutural consiste nas hierarquias sociais que estão muito bem demarcadas entre os grupos e que estruturam as posições e as liberdades que se pode ter ou que se tem normalmente.

Esta distinção é extremamente útil para que se possa pensar práticas antidiscriminatórias ou compreender os limites e contradições do combate institucional das discriminações. É apenas a partir da compreensão de que a discriminação não está lastreada apenas em práticas individuais, de que as instituições sociais materializam, muitas vezes de modo oculto, discriminações estruturais, é que poderemos começar a imaginar práticas antidiscriminatórias institucionais efetivas. No caso das instituições jurídicas, é preciso superar o apego retórico a uma neutralidade cega que encobre discriminações estruturais. Silvio de Almeida argumenta que, “se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de uma instituição combatê-lo é por meio da implementação de práticas antirracistas efetivas” (2020, p. 48). Do mesmo modo, se a LGBTfobia é estruturante das relações e da ordem social, se ela está materializada nas instituições, a única forma de combatê-la efetivamente é por meio da implementação de práticas anti-LGBTfóbicas claras.

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece como dever do Estado e do direito a punição contra toda forma de discriminação. Ela toma partido, portanto, não só pela igualdade jurídica formal, mas também pelo direito de não ser discriminado. Mais do que isso, ela impõe ao direito o dever de combate à discriminação. Diante da constatação de desigualdades concretas e de discriminações estruturais, o direito deve tomar partido pelos grupos sociais que estão em desvantagem ou que estão excluídos da igual fruição de liberdades e direitos. Ele deve estar atento para o fato de que suas instituições estão estruturadas por essas desigualdades e discriminações, que seus agentes e suas práticas as promovem, ainda que de modo indireto ou não intencional.

Referências

ALMEIDA, Silvio. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro/Editora Jandaíra, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2019, p. 6-10-2020.

MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Contracorrente, 2020.