



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

KETULIN ANGÉLICA MENDES DOS SANTOS

**Relações homoafetivas e direitos
fundamentais: uma reflexão acerca da
eficácia e aplicabilidade dos princípios
da igualdade e da dignidade da pessoa
humana.**

BRASÍLIA

2010

KETULIN ANGÉLICA MENDES DOS SANTOS

**Relações homoafetivas e direitos
fundamentais: uma reflexão acerca da
eficácia e aplicabilidade dos princípios
da igualdade e da dignidade da pessoa
humana.**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Ms. Alexandre Kruehl Jobim

BRASÍLIA

2010

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Aluno (a):

Matrícula nº: 0910182

KETULIN ANGELICA MENDES DOS SANTOS

Tema da Monografia:

RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Banca Examinadora:

Orientador (a):

Alexandre Jobim

Avaliadores:

Luiz Emílio Pereira Garcia

ANA CAROLINA FIGUEIRÓ LONGO

Resultado

Após o exame do trabalho, da apresentação oral da Monografia e arguição do candidato, a banca examinadora decidiu:

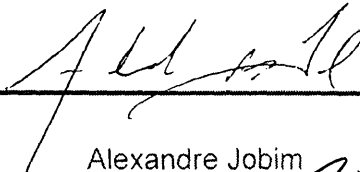
Pela aprovação:

Pela reprovação:

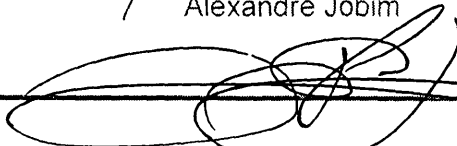
Pela reformulação:

Observações:

Brasília, 4 de novembro de 2020.



Alexandre Jobim



Luiz Emílio Pereira Garcia



ANA CAROLINA FIGUEIRÓ LONGO

Dedicar algo à alguém é algo muito íntimo e especial e depois de tanto trabalho árduo, noites sem dormir e de pesquisas infundáveis, esta monografia será dedicada às pessoas mais importantes da minha vida, que presenciaram todo trabalho que foi perpetrado e que também me amam.

À minha mãe, razão de minha existência, que embora não aceite minha condição, foi a pessoa que me ensinou a nunca desistir de meus sonhos e por ela tenho toda admiração e um amor completamente incondicional e infinito. Ela confiou em mim, quando ninguém mais confiou; ela me ensinou a crescer quando me deu asas para seguir meu destino; ela, antes de tudo, desejou que eu fosse feliz, me dando todo o amor que uma mãe pode dar ao seu filho. Para você, só tenho a dizer “como é grande meu amor por você”.

Ao meu doce e eterno amor, Van, que suportou ao meu lado angústias e preconceitos; me ensinou que a felicidade é algo muito mais grandioso do que se pode imaginar; me mostrou que as coisas da vida, quando feitas com amor se tornam muito mais bonitas. E o hoje sei que o simples ato de amar você já me torna muito feliz. Para você dedico esta música:

“E no meio de tanta gente eu encontrei você. Entre tanta gente chata sem nenhuma graça, você veio. E eu que pensava que não ia me apaixonar nunca mais na vida. Eu podia ficar feio só perdido. Mas com você eu fico muito mais bonito, mais esperto. E podia estar agora dando tudo errado pra mim, mas com você da certo. Por isso não vá embora. Por isso não me deixe nunca mais. Eu podia estar sofrendo, caído por aí. Mas com você eu fico muito mais feliz, mais desperto. Eu podia estar agora sem você. Mas eu não quero, não quero.” (Não vá embora – Marisa Monte)

À minha irmã, Kerlen, exemplo de persistência e dedicação, que embora mais nova que eu, procuro me espelhar diariamente em sua inteligência. Te amo maninha!

À minha madrinha, Iranete, meu exemplo de coragem; ela me mostrou que não devemos nos abater por pequenas coisas, pois, as pedras que aparecem em nosso caminho são os degraus para nosso sucesso.

Ao meu afilhado, Kauã, presente que a vida me deu. Para você, dedico esta leitura na esperança da construção de um futuro mais justo, igual e solidário.

À todos os meus parentes, pai, tios, avós, primos que também estão guardados dentro do meu coração. Para vocês, que embora não tenham acompanhado de perto a feitura deste trabalho, sempre me apoiaram para que eu continuasse meus estudos.

Termino esta dedicatória, e não poderia ser diferente, dedicando este trabalho para todas as pessoas, que de alguma forma, e realmente foram, criticadas, humilhadas e assassinadas por amarem alguém do mesmo sexo.

Amigos são pessoas que fazem grande diferença em nossas vidas; amigos são aqueles que oferecem o ombro quando você chora e também choram com você. Amigos, são sinceros, porque são amigos.

Cymara, Daniela, Patrícia, Gilles, Jailson, Marleide, Juci...para vocês agradeço imensamente por terem me “aturado” durante a feitura deste trabalho. Obrigado pelas leituras, pelas pesquisas e pelas opiniões.

Ao meu professor e orientador Alexandre Jobim que me incentivou desde o início na elaboração deste trabalho, que mesmo sendo um tema polêmico não se esquivou em me orientar. E ainda agradeço por ter plantado a idéia da concretização deste trabalho em livro. Obrigado por acreditar no meu trabalho.

À bibliotecária Gleici do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, que tanto me ajudou a fazer pesquisas, a procurar livros, indicando-os, e o mais importante, incentivando sempre. Obrigado.

À Dona Maria, minha sogra, por sempre ter acreditado no meu trabalho e no meu sucesso. Obrigado.

À minha poodle Emília, que embora não saiba, ajudou a sua dona a ficar acordada durante várias noites, cuidando para que nada acontecesse e ainda velou o sono de quem já estava bastante cansada.

E ainda para todos aqueles que me invejaram, que não desejaram e não desejam meu sucesso, para vocês agradeço enormemente, pois, foi por vocês que trabalhei com mais afinco para que este trabalho pudesse chegar ao grau de perfeição, para que o melhor ainda não fosse o bastante.

A verdadeira liberdade não é a do livre pensamento, mas a de livrar-se de nossos preconceitos, tabus, ideais. É por isso que tão somente a liberdade de ir e vir, a liberdade de pensamento, não liberta o homem. Não o muda, não o transforma. A verdadeira liberdade é consequência da quebra de preconceitos, do abandono dos tabus, dos condicionamentos, dos medos e angústias, questões essas de âmbito interior e individual. A liberdade é um processo individual, uma explosão interior capaz de queimar todo o lixo depositado em nosso íntimo, todo o entulho que nos foi sobreposto pela educação, família e sociedade, e no qual fomos levados a acreditar como verdadeiro.

Lorenço Otto Schorr (S. W Gyan Praful)

RESUMO

Este trabalho tem como principal objetivo procurar e identificar qual o significado de direitos fundamentais, qual a sua relação e importância dentro do ordenamento jurídico pátrio, em relações às novas técnicas de análise e perspectivas do direito como o neoconstitucionalismo e às ações afirmativas dentro de uma pesquisa dogmática no que se refere às relações homoafetivas. Dentro das novas linhas de interpretação constitucional avaliar a sua condição de aplicação e produção de eficácia (aplicabilidade) no âmbito das relações homoafetivas. Avaliar de modo consentâneo a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana dentro de um Estado Democrático de Direito, analisando-os principalmente sob o enfoque de colisão entre os seus respectivos núcleos fundamentais, argumentando, para tanto, alguns pontos a respeito da ideia de Estado Democrático e Estado de Direito, dentro das perspectivas das relações em comento.

PALAVRAS-CHAVE: relações homoafetivas, uniões homoafetivas, união entre pessoas do meso sexo, princípios constitucionais, princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana, eficácia, aplicabilidade, direito homoafetivo, direitos humanos.

ABSTRACT

This work has as main objective to seek and identify the meaning of fundamental rights, what is its relationship and importance within the native legal system, in relationship to new analytical techniques and perspectives of law as the neoconstitutionalism and affirmative action within a research dogmatic when it comes to same-sex relations. Within the new lines of constitutional interpretation to assess their condition of application and production efficiency (applicability) in same-sex relations. Evaluate a manner consistent effectiveness and applicability of fundamental rights of equality and human dignity within a democratic state of law, analyzing them mainly under the focus of a collision between their respective core parts, arguing, for both, some points about the idea of democratic rule and rule of law, within the perspective of the relations under discussion.

KEYWORDS: same-sex relations, same sex marriages, same-sex unions, constitutional principles, equality as a principle of human dignity, effectiveness, applicability, homosexual rights, human rights.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	14
1 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS – BREVES APONTAMENTOS	16
1.1 Origem e evolução	16
1.2 Terminologia	21
1.3 Concepções acerca da homossexualidade	24
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	33
2.1 Princípios constitucionais e sua abrangência – parâmetros gerais	33
2.2 Uniões homoafetivas e princípios constitucionais	39
2.2.1 Princípio da igualdade constitucional	42
2.2.1.1 Liberdade constitucional como pressuposto do princípio da igualdade	55
2.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	59
2.3 Efetividade e aplicabilidade dos princípios constitucionais e abrangência de tratamento	76
2.3.1 Análise do núcleo essencial e as violações decorrentes de atos omissivos	81
3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE CONSTITUCIONAL	93
3.1 Dignidade da pessoa humana como princípio base	95
3.1.2 Validade e eficácia da norma-princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico em face das relações homoafetivas	106
3.1.3 A validade de exercício da dignidade da pessoa humana face a orientação sexual	126
3.1.4 Relações homoafetivas e dignidade da pessoa humana: aplicabilidade ou omissão?	139
3.2 Igualdade constitucional e relações homoafetivas	145
3.2.1 Igualdade formal e material: as questões que suscitam as discriminações fundadas em orientação sexual	148
3.2.2 Princípio da igualdade e relações homoafetivas: aplicabilidade e eficácia	165
4 NOVA CONCEPÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE EM FACE DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS	177
4.1 Possíveis causas do não reconhecimento das relações homoafetivas	180
4.1.1 Relações homoafetivas e ausência de regulamentação (1ª causa)	180
4.1.2 Artigo 226, § 3º da Constituição e artigo 1.723 do Código Civil: inconstitucionalidade ou incompatibilidade? (2ª causa)	190
4.1.3 A incompatibilidade entre a norma da união estável (art. 226, § 3º, da Constituição e art. 1.723, do Código Civil) e os princípios constitucionais da	

igualdade, dignidade e liberdade e ausência de regulamentação. Interpretação conforme, uma forma de solução?	199
4.2 Efeitos e conseqüências do reconhecimento das uniões homoafetivas	204
4.2.1 Novas formas de interpretação – uma forma de superação para o surgimento de um novo direito: (1ª conseqüência)	205
4.2.2 Uniões homoafetivas e os reflexos na sociedade: efeitos jurídicos, sociais e culturais: (2ª conseqüência)	211
4.3 Decisões judiciais, administrativas e atos legislativos: avanços no reconhecimento de um novo direito. Alguns estudos de casos	218
4.3.1 Decisões judiciais	218
4.3.2 Decisões e atos administrativos	227
4.3.3 Atos legislativos	229
4.3 Notas de direito comparado: o reconhecimento do direito à orientação sexual como direito humano. A evolução internacional perante a estigmatização brasileira	233
CONCLUSÃO	243
ANEXOS	263
Anexo 01 – Palestra de Direitos Humanos e Homofobia: Avanços e Conquistas no Brasil. Programa Brasil Sem Homofobia. Brasília, outubro de 2009	263
Anexo 02 – Princípios de Yogyakarta	263
Anexo 03 – Resolução nº 1.728/2010, da Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu	263

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende trabalhar sob o enfoque do Direito Constitucional Brasileiro, com enfoque no tema das relações homoafetivas sob a perspectiva da interpretação dos direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a partir do método dogmático instrumental de pesquisa, balizado pela doutrina brasileira e algumas estrangeiras.

Neste sentido, buscaremos, através da legislação pátria, com enfoque na Constituição Federal de 1988 e algumas leis infraconstitucionais e até alguns projetos de lei, tratar do tema da efetividade dos direitos fundamentais no âmbito das relações em comento.

Também buscaremos através da jurisprudência nacional, principalmente, dos Tribunais Superiores, abarcar o tema de forma a analisar as perspectivas de análise que cada Tribunal trabalha a respeito da garantia dos direitos fundamentais em relações às uniões homoafetivas.

Para iniciar o presente trabalho será apresentado no primeiro capítulo, noções gerais acerca da homossexualidade como: conceito, terminologia e concepções.

Buscar-se-á trabalhar, a partir do capítulo 02, o princípio da dignidade da pessoa humana como ícone de interpretação perante às situações que surgem todos os dias perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, ainda no capítulo 02, trabalharemos a dignidade da pessoa humana sob o seu aspecto mais amplo, ou seja, como cláusula pétrea, analisando os conceitos de seu núcleo essencial, efetividade e máxima aplicabilidade.

Em sintonia com este princípio, e também no capítulo 02, trabalharemos com o princípio da igualdade como forma de concretizar, balizar ou determinar às situações-problema que enfrentam colisões com os demais direitos fundamentais.

A efetividade da dignidade da pessoa humana e da igualdade é algo bastante complexo e o que trataremos aqui, é o modo como se dá essa eficácia a frente das relações homoafetivas, que surgem no ordenamento como um grande desafio perante o conservadorismo do judiciário e a inércia do legislativo, este assunto será tratado detalhadamente no capítulo 03.

O que buscaremos tratar aqui e o que pretendemos demonstrar é que o exercício de referidos direitos imanentes à todo ser humano, não possuem eficácia plena, pois, a partir do momento em que tratamos os iguais com desigualdade, está a se tirar daqueles iguais o exercício de sua dignidade de direitos.

Também veremos que a inércia do legislador tem feito com que as relações homoafetivas não exerçam o direito que lhes é devido de fato, já que não há regulamentação destas relações, o que ainda acarreta que o julgador no caso concreto se abstenha de compreender a norma, não como fato concreto e imutável, mas sim como algo mutável, aplicando não somente o concreto, mas também o valor imanente a estas.

Na parte final do trabalho (capítulo 04) será apresentado as diversas formas de interpretação que dar-se dar o novo direito constitucional e como este pode contribuir no caso das relações homoafetivas. Neste sentido, será abordado a questão da incompatibilidade do artigo 226, § 3º da Constituição Federal e artigo 1.723, do Código Civil perante os princípios constitucionais estampados no artigo 3º e 5º, bem como demonstraremos as possíveis soluções que podem se dar ao caso. Finalizando, o trabalho, apresenta-se algumas notas de direito comparado, bem como, a demonstração da pequena contribuição brasileira para o entendimento da questão relativa às uniões homoafetivas.

1 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS – BREVES APONTAMENTOS

1.1 Origem e evolução

Ainda hoje muitos doutrinadores e antropólogos tentam descobrir a origem das relações entre pessoas do mesmo sexo e se deparam que tais relações são tão antigas quanto os relacionamentos heterossexuais¹, “(...) Acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana.”²

A sexualidade passou a ser estudada com mais intensidade a partir dos estudos de Sigmund Freud a respeito da existência do inconsciente que

(...) ganhou uma dimensão científica mais ampla, desde os fins do século XIX e, em especial, do início do século passado. A relevância da teoria psicanalítica reside em ter encaminhado, progressivamente, os estudiosos a vislumbrarem o conjunto dos fenômenos de ordem sexual e afetiva, na seara essencial do desejo. Desse modo, compreendem-se os avanços do Direito, no sentido de tutelar a livre orientação sexual das pessoas, e no campo da Psicologia, em apresentar a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade, como naturais nuanças da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes. Os preconceitos, na verdade, é que deturpam a vivência e a compreensão da sexualidade.³

Não somente o estudo da homossexualidade é tema dos doutrinadores jurídicos; antropólogos também se deparam com o estudo do caso. Autores citam que na mitologia Heródoto é apontado como o autor da primeira teoria antropológica

¹ SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 37.

² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 40.

³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 44.

relativa à sexualidade, livre da explicação mitológica.⁴

Outro exemplo da época da Grécia clássica era o livre exercício da sexualidade como prática cotidiana, longe das vistas do preconceito, sendo prática entre grandes guerreiros e filósofos como Platão.⁵

Já em Roma a sexualidade a prática sexual também era vista como prática cotidiana entre homens, principalmente entre os guerreiros, já que, era dado extremo valor à virilidade masculino, em outras palavras:

(...) o extremo valor dado pelos romanos à virilidade masculina e àquilo que entendiam eles por virilidade. O macho romano se via como um dominador agressivo e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionando prazer.⁶

Diferentemente do que era vivido na Grécia e em Roma, anos depois o cristianismo passou a enxergar o ato sexual de duas pessoas do mesmo sexo como ato pecaminoso e perverso e podemos dizer que é a partir do cristianismo que as uniões entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser condenadas.

Após avanços do pensamento ocidental, especialmente com o surgimento do Iluminismo, passou a haver discussões sobre os papéis feminino e masculino, de forma que uma diferenciação se fez necessária, sendo, a partir de então, "(...) criados novos comportamentos sociais que se encaixassem na sociedade burguesa, capitalista, nacionalista e individualista que nascia no final do século 18, sendo a heterossexualidade escolhida como 'padrão' dos relacionamentos."⁷

⁴ MOTT, Luis. *Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf. Acesso em: 09 de abril de 2010.

⁵ SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 37.

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 40.

⁷ Relações de gênero, sexo e sexualidade humana são mais diversas do que dicotomias como masculino versus feminino. Disponível em: <http://rafaelfortes.wordpress.com/2010/12/22/relacoes-de-genero-sexo-e-sexualidade-humana-sao-mais-diversas-do-que-dicotomias-como-masculino-versus-feminino-por-agencia-notisa/>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

Interessante ainda destacar que com a chegada do Iluminismo, a homossexualidade na Espanha passou a ser vista diferentemente, ou seja, as liberdades individuais passaram a ser reconhecidas e valorizadas e em 1822, terminou por retirar a sodomia do Código Penal Espanhol.⁸

Neste sentido, pode-se dizer que determinadas culturas passaram a desprezar a questão da homoafetividade, sendo que

(...) a parcela que dominava o poder político do mundo ocidental passou a condenar ferozmente a homossexualidade, criando assim todo um estigma e preconceito contra as pessoas homossexuais.⁹

Isso porque, a doutrina cristã remonta ao fato do ato sexual ser considerado como único meio de procriação, sendo vedado qualquer tipo de ato que possa trazer prazer e lascívia ao indivíduo.

Ao revés desta idéia, o famoso autor em seu debatido livro *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*, Daniel Helminiak aduz que o livro sagrado, ao contrário do que muitos dizem ou por desconhecimento ou por uma interpretação equivocada, não condena o comportamento homossexual, citando algumas passagens da bíblia como o livro de Ezequiel 16, 48-49, o livro de Sabedoria 9, 13-14, e o Gênesis, 19.¹⁰

Um aspecto que as Igrejas em geral jamais divulgam é o de que não há consenso entre os estudiosos acerca daquilo que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade. Muito pelo contrário, há muita controvérsia quanto a esse tema. Em atenção a esta controvérsia, o padre Daniel A. Helminiak, (...) traz à baila todos os entendimentos que comprovam que a Bíblia não traz, em seu corpo, nenhuma condenação à homossexualidade per si. Ao contrário, a Bíblia não se refere à homossexualidade isoladamente considerada, mas apenas reprova algumas condutas nas quais a homossexualidade está envolvida, apesar de não ser o foco da

⁸A homossexualidade na Espanha. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Espanha. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 45.

¹⁰ HELMINIAK, Daniel A. *O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. Tradução Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998, p. 44 e 57.

condenação.¹¹

Neste mesmo sentido, Paulo Vecchiatti relata que na Epístola de Paulo aos Romanos, que é comumente utilizada pelos homofóbicos para condenar a homoafetividade, este relata que a suposta “luxúria” do amor entre mulheres e do fato de entender ser “inconcebível” o amor entre homens, está imbuído da crença de que a homoafetividade não poderia ser baseada no sentimento sublime do amor, mas sim na mera paixão carnal libertina, em um claro equívoco ensejado pelos preconceitos da época.¹²

Com o decorrer dos séculos, a Igreja Católica continuou a exercer sua doutrina contra os homossexuais, fato este que pode ser comprovado pela história da Santa Inquisição e na Idade Média.¹³

Isso tudo advêm da questão que a religião sempre esteve ligada aos mais diversos e relevantes fatos históricos, sendo influenciadora da vida humana e seu comportamento, modo de agir, falar e viver.

Ademais, não somente a Igreja Católica exerceu e exerce forte combate contra às relações homoafetivas, neste diapasão, também devemos nos lembrar que os judeus, sempre tiveram um forte sentimento de identidade cultural, no sentido de lutar ao máximo pela manutenção de seus usos e costumes e pela repulsa àqueles outros povos que não seguissem a doutrina imposta.¹⁴

O que os judeus condenavam não era a homossexualidade de *per si*, mas, à oposição aos atos de libertinagem, ou seja, a relação sexual fora do casamento e o casamento entre pessoas do mesmo sexo não eram aceitos, o que

¹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 49.

¹² Ibidem, p. 83.

¹³ A partir da Era Cristã, com a sacralização da união heterossexual, a preponderante visão teológica e a influência da lei mosaica aponta que entre os crimes que eram considerados pecados, está a somodia, considerada o mais vil e torpe pelos teólogos. Neste sentido: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁴ Ibidem, p.51.

levava os judeus a negarem a homossexualidade.¹⁵

Já na Idade Contemporânea verificou-se o surgimento de novas discussões acerca da sexualidade e da homossexualidade. Neste sentido, Michel Foucault:

(...) evidencia que, 'até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos (...) regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil'. Fixando os limites entre o lícito e o ilícito, centraram-se nas relações matrimoniais voltadas para a reprodução e para a legitimação da família nuclear burguesa. Tudo que fugisse a tais objetivos do dispositivo de poder e, pois, de controle (...) era rotulado como 'contra a natureza' e considerado 'contra a lei', infringindo as proibições relativas ao sexo.¹⁶

Atualmente já se tem consolidado que a homoafetividade não é mais considerada como doença, tanto é que foi excluída do rol da Organização Mundial da Saúde – OMS, que antes considerava a homoafetividade como “desvio e transtorno sexual”.¹⁷

Neste sentido, a OMS através da Classificação Internacional de Doenças – CID, no ano de 1993, deixou de considerar a homossexualidade como doença, reputando esta como manifestação natural da sexualidade.¹⁸

Assim, desde 1995, Maria Berenice Dias explica que a expressão “homossexualismo” deixou de ser utilizada, haja vista que, a união entre pessoas do mesmo sexo não é mais vista como doença e sim como preferência sexual. Neste sentido, o sufixo “*ismo*” – que significa doença - deixou de ser utilizado e adotou-se a

¹⁵ Ibidem, p. 50.

¹⁶ Apud, SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 47-48.

¹⁷ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p. 23.

¹⁸ Neste mesmo sentido, este entendimento foi ratificado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução 001/1999, que afirmou que a homossexualidade não é doença nem desvio psicológico, proibindo os profissionais de psicologia de promover qualquer tipo de tratamento que indicasse “cura” da homossexualidade. Neste sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 92-93.

partir de então a utilização do sufixo “*dade*” - que significa modo de ser.¹⁹

Há também autores contemporâneos como a professora Maria Berenice Dias utilizam o termo “homoafetividade” que relata a consolidação do afeto entre duas pessoas do mesmo sexo.²⁰

Muitos debates ainda percorrem o assunto da homoafetividade, tanto no âmbito da constitucionalidade quanto no âmbito social e infelizmente até os dias de hoje o preconceito ainda é questão predominante em todas as suas formas, seja pela religião, seja cultura ou preconceito sem motivo (desconhecimento).

1.2 Terminologia

A palavra homossexualidade deriva do prefixo grego *homós* que quer dizer igual e/ou semelhante, e ainda pelo sufixo “sexual” que deriva do latim *sexus* e significa “relativo ao sexo”. Homossexualidade então é a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.²¹

A existência da expressão “homossexualidade” foi definida primeiramente pelo médico húngaro Benkert no ano de 1869.²² A partir de então outros termos foram sendo criados e impostos a questão, como: homoerotismo, homoafetividade e homoessência, que aqui não cumprem ser discutidos.²³⁻²⁴

¹⁹ *Apud*, SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 44.

²⁰ Neste sentido: DIAS, Maria Berenice. *União homossexual - O preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²¹ CHILETTO, Maria Claudia Cairo. *Unões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional*. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Campos – UNIFLU.

²² TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 07.

²³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 77.

Homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher. É alguém que não nega sua formação morfológica, entretanto, seu interesse e sua atividade sexual são voltados e direcionados exclusivamente para quem tem o mesmo sexo que o seu.²⁵

Tanto o homem quanto a mulher, independente da idade, podem ser homossexuais, bissexuais e transexuais.²⁶⁻²⁷

Diferentemente, na bissexualidade não há o caráter de exclusividade, mas, sim da pluralidade, ou seja, a pessoa se interessa por ambos os sexos. Afirmam os especialistas que a bissexualidade é inerente a todo indivíduo no início da vida, e, com o passar do tempo, há a fixação na heterossexualidade ou na homossexualidade. Alguns, todavia, dirigem seus desejos para os dois sexos, num trans-comportamento erótico, e esses são os bissexuais.²⁸

²⁴ Neste trabalho utilizaremos a expressão “homoafetividade”, pois, segundo nosso entendimento é a expressão que melhor se adequa aos parâmetros aqui utilizados, por não se consubstanciar em forma pejorativa de designar as relações entre pessoas do mesmo sexo.

²⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p.21-22.

²⁶ A homossexualidade masculina, também é chamada de sodomia, proveniente de Sodoma, cidade bíblica da planície do Jordão, nas proximidades do Mar Morto, que fora destruída por Zeus juntamente com Gomorra, em função dos pecados cometidos pelos que ali habitavam. Outra denominação a homossexualidade masculina é “uranismo”; esse nome deve-se à Urânia, epíteto de Vênus, nome latino de Afrodite, a deusa do amor e da beleza. Já a homossexualidade feminina é conhecida como “safismo”, “lesbianismo” ou “tribadismo”. “Safismo” é um termo que tem por origem a palavra Sappho, poetisa grega, natural de Lesbos, ilha do mar Egeu, região da qual se extraiu a segunda denominação da identificação sexual feminina. Já a terceira denominação, “tribadismo” provém do grego tribá, de tribo, que significa, esfregar, friccionar, representando, assim, a prática sexual pela fricção mútua dos órgãos genitais. In: FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p.21-24.

²⁷ Em estudo sobre o comportamento sexual do homem, foi elaborada em 1948, o Relatório Kinsey, do médico Alfred Kinsey. Neste relatório, o médico ao analisar o comportamento sexual humano, identificou oito espécies de homossexuais, tais como: “heterossexual exclusivo”, “incidentalmente homossexual”, o “mais que incidentalmente homossexual”, o “incidente heterossexual”, o “indiferente sexualmente, o “igualmente hetero ou homossexual”, o “mais que incidentalmente heterossexual”. Esta pesquisa foi o primeiro estudo científico que não foi influenciado pelos preconceitos e pela doutrina religiosa, destinando-se a saber os atos sexuais realizados pelas pessoas. Demonstrou que não há anomalia na homossexualidade. Neste sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 62 e TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 08.

²⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p. 21-25.

Já a transexualidade refere-se àquele indivíduo que não aceita seu sexo, não se aceita com o seu corpo, identificando-se com o sexo oposto, o que por muitas vezes leva à intervenção cirúrgica para mudança de sexo.²⁹⁻³⁰⁻³¹ Neste caso, a pessoa está convicta que não pertence ao sexo de sua anatomia.

Conceituado os termos a respeito da homossexualidade e seus gêneros, necessário tecermos algumas considerações acerca da identidade sexual e orientação sexual.

Paulo Vecchiatti designa a identidade sexual como sendo:

(...) conjunto de características atribuídas à pessoa em decorrência de sua sexualidade específica. Ou seja, compõe a variedade de pensamentos e atitudes que se espera da pessoa que se define como homo, hétero ou bissexual em função de sua sexualidade. Em outras palavras, é o conjunto de características que se consideram inerentes à sexualidade – seja ela homo, hétero ou bissexual. Trata-se de um conceito vago e relativo, especialmente no tocante à identidade homossexual, em virtude da ignorância da maioria das pessoas sobre que verdadeiramente é a homossexualidade.³²

Assim, podemos dizer que a identidade sexual é o que cada indivíduo pensa a respeito da sexualidade, emoções, desejo e sexo.

Já a orientação sexual refere-se a atração sexual que cada um sente,

²⁹ TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 09.

³⁰ Transexualidade é uma condição onde o indivíduo não se reconhece no sexo que nasce. Para que reconheça sua sexualidade, passa pela cirurgia de transgenitalização, para que mude seu sexo. Não é o mesmo caso que as travestis, que se diferenciam por não se sentirem incomodadas com seu sexo, ou seja, não querem mudá-lo e por isso não fazem essa cirurgia. Foi com a aprovação da resolução 1.482 de 1997, do Conselho Federal de Medicina, que impulsionaram a regulamentação da cirurgia pelo SUS, que só começou a ser feita a partir de 2007. Disponível em: http://www.sr-cio.org/index.php?option=com_content&view=article&id=459:transexualidade-o-grito-de-quem-nao-quer-se-mostrar&catid=39:lgbt&Itemid=58. Acesso em 09 de abril de 2010.

³¹ Também há o caso do hermafrodita que é aquele que apresenta um defeito, um distúrbio genético; uma má-formação dos órgãos genitais; não estão satisfeitos com o seu corpo, principalmente com a genitália. Estes sofrem de um “distúrbio de ambigüidade”, entendendo-se a primeiro momento não se identificarem com nenhum dos sexos, macho ou fêmea.

³² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 78.

podendo, a partir desta, identificar a pessoa como hetero, homo³³ ou bissexual.³⁴

Embora semelhantes, a identidade sexual e a orientação sexual não se confundem, pois, enquanto a primeira fundamenta-se na percepção individual sobre o próprio sexo, manifestado no gênero assumido nas relações sexuais, a segunda define-se pela atração sexual.

A partir destes conceitos surge a denominação discriminação por orientação sexual, que não será aprofundada neste ponto do trabalho, mas para fins didáticos, citamos, outra forma de discriminação que é a homofobia³⁵, que consiste na repulsa ao comportamento homossexual, que muitas vezes geram atos violentos de agressão, podendo chegar a morte, como exemplo citamos o grupo dos *SkinHeads*³⁶ (carecas) que por diversas vezes atacam pessoas inocentes por estas serem homossexuais.

Feitas as considerações acerca da terminologia, passemos as considerações acerca das concepções acerca da homossexualidade.

1.3 Concepções acerca da homossexualidade

Neste ponto abordaremos as concepções mais comuns que a homossexualidade já foi tratada.

³³ A orientação homossexual é um dos quatro componentes da sexualidade humana. Caracteriza-se como uma duradoura atração emocional, romântica, sexual ou afetiva para com indivíduos do mesmo gênero. Os outros três componentes da sexualidade são o sexo biológico, a identidade de gênero (o sentido psicológico de ser macho ou fêmea) e o papel sexual-social (adesão às normas culturais de comportamento masculino ou feminino). Disponível em: <http://www.ggb.org.br/orienta-homossexual.html>. Acesso em: 08 de abril de 2010.

³⁴ Disponível em: <http://www.apf.pt/?area=003&mid=003>. Acesso em: 08 de abril de 2010.

³⁵ A palavra homofobia tem sua origem nos termos gregos “homos” que significa “o mesmo” e “phobikos” que quer dizer “ter medo e/ou aversão a”. Neste sentido: SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 41.

³⁶ Skinheads são jovens simpatizantes do nazismo, que se mostram intolerantes com minorias, pregando o combate a negros, judeus, homossexuais e nordestinos. Diversas notícias são veiculadas contra os Skinheads, entre elas destacamos 02 (duas), disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u9402.shtml> e <http://www.clicrbs.com.br/pioneiro/rs/plantao/10,2530490Ataques-neonazistas-contra-homossexuais-se-tornaram-frequentes-em-Caxias.html>. Ambos os acessos em 12 de abril de 2010.

Primeiramente trataremos da homossexualidade vista como pecado, e que é a concepção mais comum existente atualmente.

Entender a homossexualidade como pecado é a grande pregação das mais diversas religiões.³⁷ Segundo esta concepção a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo é classificada como moralmente reprovável e pecaminosa, completamente fora dos ditames que se insere na doutrina religiosa e nos ditames do livro sagrado.

A visão teleológica prevalece pela interpretação da doutrina ocidental cristã, que prega que

(...) tendo o ser humano sido criado à imagem e semelhança de Deus, mas corrompido pelo pecado original, seus atos devem se conformar aos desígnios divinos mediante uma prática ascética dirigida à reconciliação com o Criador.³⁸

Podemos assim dizer que a religião, em sentido geral, não aceita o ato sexual fora do casamento, pois, este se reveste em ato que somente pode ser tido entre o homem e a mulher, não para fins de libertinagem, mas para fins de procriação, daí a máxima “*Crescei e multiplicai-vos*”. Assim, toda a prática sexual não-procriativa é qualificada negativamente, desvirtuando o ser humano da vida espiritual.³⁹

Um dos argumentos⁴⁰ mais utilizados pelos autores religiosos para

³⁷ Não tomaremos parte de uma religião específica, a fim de que se possa abranger todas as religiões possíveis e não cause nenhum ato desabonador posteriormente.

³⁸ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

³⁹ A título de curiosidade, no livro *A Divina Comédia* de Dante Alighieri, este autor relata em forma de contos, diversos pecados e sua passagem ou “forma de pagamento” no inferno visto por ele. Segundo o Conto XV e XVI, encontram-se os somomitas, que sob o fogo não cessam de mover-se. Neste caso, os somomitas são aqueles “pecadores” relativos a atos sexuais relacionados pelos religiosos aos homossexuais. In: ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Nova Cultural: Tradução: Fábio M. Alberti.

⁴⁰ A religião usa como fonte de condenação primária, a Bíblia, que não relata de forma expressa a expressão da homossexualidade como pecado.

condenar a homossexualidade, encontra-se na história de Sodoma e Gomorra⁴¹, provindo desta o termo “sodomia”, que pejorativamente é utilizado para designar sinônimo de ato homossexual, o que a partir de seu contexto histórico é interpretado de maneira errônea.

Outros argumentos são utilizados entre os autores religiosos, entre eles destacamos alguns que se baseiam em passagens bíblicas, entre elas: à abominação do Levítico, a Epístola de Paulo aos Romanos, 1 Coríntios, 1 Timóteo⁴², e no Antigo Testamento, Gênesis (capítulo 19), Deuteronômio (capítulo 23, 18-19) e Reis (Livro I, capítulo 13, 23-24).⁴³

Embora, atualmente, vivamos em um mundo totalmente globalizado que tenta de todos os modos repassar informações a quem procura, ainda há aqueles que se utilizam dos meios de comunicação para disseminar idéias errôneas a respeito da homossexualidade, como também, tentam de todas as formas agregar à homossexualidade a idéia do pecado. Citamos aqui, algumas opiniões advindas de sites de pessoas que se intitulam “católicos”:

SITE 01:

Se existe por aí alguma instituição que se diz cristã e celebra o casamento entre homossexuais, logicamente, essas instituições estão enganando seus fiéis. Pois perante as leis de Deus não pode haver casamento entre pessoas do mesmo sexo, não por preconceito, mas porque o casamento só é válido entre o homem e a mulher para constituição de família e geração da espécie humana. Por isso mesmo que quisesse, esse Sacramento seria nulo.

Querendo ou não, a lei natural, isto é da natureza, fez sexos opostos os quais devem gerar vidas, logo, não é uma lei natural a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda que haja um grande sentimento entre ambos, não pertence à lei natural das coisas. É preciso o sexo entre um homem e uma mulher para haver a procriação da espécie.

(...)

O mandamento de Deus é claro, "não pecar contra a castidade!", isto quer dizer muitas coisas inclusive às práticas do homossexualismo.

(...)

⁴¹ Para conhecer a história e detalhes desta, remetemos a leitura do capítulo 02 do livro Manual da Homoafetividade, de Paulo Iotti Vechhiatti.

⁴² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 85.

⁴³ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

Não tem sentido uma união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo onde não possa haver a geração, ou a fecundação da espécie humana. Então é por isso que a Igreja não aceita como "*casamento religioso*" a união de pessoas do mesmo sexo, porque um dos principais objetivos do casamento é esse, a procriação.

(...)

Devemos como cristãos que somos entender que a misericórdia de Deus é para nós. Deus nos ama. Mas é preciso que cada um deixe de lado as práticas do pecado. Você que é homossexual que talvez possa ler este artigo, não se sinta envergonhado, não! a Igreja nunca deixará de ajudá-los apenas quer que você caminhe à luz do Evangelho de Cristo. Sinta-se abraçado por Ele. E viva uma vida santa diante dEle.⁴⁴

SITE 02:

A lei moral de Deus claramente condena todo tipo de homossexualismo: "Não te deitarás com um homem como se fosse uma mulher. Isto é abominação... Se um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável. Devem ser mortos. Seu sangue cairá sobre eles" (Lev. 18:22, 20:13). Defensores do homossexualismo tentam evitar as claras e inequívocas declarações da lei de Deus com desculpas esfarrapadas e descarada distorção da Bíblia.

(...)

Os argumentos em favor do homossexualismo são nada mais que lamentáveis desculpas para um comportamento que Deus condena e irá claramente julgar. "Não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganéis. Nem fornicadores, nem idólatras, nem adúlteros, nem homossexuais, nem somoditas, nem ladrões, avarentos, nem bêbados, nem maldizentes, nem roubadores herdarão o reino de Deus" (1 Cor. 6:9-10). Homossexualismo foi condenado por Deus, séculos antes da chegada da lei (e.g., Gen. 19). Ele é explicitamente condenado pela lei de Deus (Lev. 18:22, 20:13). Como será mostrado, ele é também claramente condenado no Novo Testamento pelo apóstolo Paulo.⁴⁵⁻⁴⁶

⁴⁴ Disponível em: <http://elmandotoledo.blogspot.com/2010/11/os-olhares-da-igreja-sobre-o.html>. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.monergismo.com>. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

⁴⁶ Ainda para demonstrar a condenação da igreja acerca do homossexualismo, trazemos abaixo um manifesto feito pela Igreja Católica considerando a homossexualidade como pecado:

"Nenhuma ideologia pode cancelar do espírito humano a certeza de que só existe matrimônio entre duas pessoas de sexo diferente, que através da recíproca doação pessoal, que lhes é própria e exclusiva, tendem à comunhão das suas pessoas. Assim se aperfeiçoam mutuamente para colaborar com Deus na geração e educação de novas vidas.

(...)

Pelo parágrafo 4, chega-se a conclusão de que se a homossexualidade é condenada (mais pela igreja que) pela Bíblia, e se, após a morte, aqueles que praticarem atos homossexuais serão condenados por Deus, é uma coisa que diz respeito apenas aos homossexuais, uma vez que estes têm o livre-arbítrio para fazerem o que bem entenderem.

No parágrafo 5 a Igreja usa o termo "imoral" para designar tais relacionamentos. Ainda no mesmo parágrafo 5, a Igreja diz que leis que legalizam as uniões homossexuais são "tão gravemente injustas.

(...)

(...) convém refletir, antes de mais, na diferença que existe entre o comportamento homossexual como fenômeno privado, e o mesmo comportamento como relação social legalmente prevista e aprovada, a ponto de se tornar numa das instituições do ordenamento jurídico. O segundo fenômeno, não só é mais grave, mas assume uma relevância ainda mais vasta e profunda, e acabaria por introduzir alterações na inteira organização social, que se tornariam contrárias ao bem comum.

(...)

Conforme já dito nesta parte do trabalho, embora muitos autores se utilizem de argumentos bíblicos para negar a homossexualidade, no estudo feito pelo ex-padre e autor Daniel Helminiak, no livro *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*, este aduz na obra que a Bíblia não traz, em seu conjunto

A legalização das uniões homossexuais acabaria, portanto, por ofuscar a percepção de alguns valores morais fundamentais e desvalorizar a instituição matrimonial.

(...)

Como a experiência confirma, a falta da bipolaridade sexual cria obstáculos ao desenvolvimento normal das crianças eventualmente inseridas no interior dessas uniões. Falta-lhes, de fato, a experiência da maternidade ou paternidade. Inserir crianças nas uniões homossexuais através da adoção significa, na realidade, praticar a violência sobre essas crianças, no sentido que se aproveita do seu estado de fraqueza para introduzi-las em ambientes que não favorecem o seu pleno desenvolvimento humano. Não há dúvida que uma tal prática seria gravemente imoral e por-se-ia em aberta contradição com o princípio reconhecido também pela Convenção internacional da ONU sobre os direitos da criança, segundo o qual, o interesse superior a tutelar é sempre o da criança, que é a parte mais fraca e indefesa.

Se, do ponto de vista legal, o matrimônio entre duas pessoas de sexo diferente for considerado apenas como um dos matrimônios possíveis, o conceito de matrimônio sofrerá uma alteração radical, com grave prejuízo para o bem comum. Colocando a união homossexual num plano jurídico análogo ao do matrimônio ou da família, o Estado comporta-se de modo arbitrário e entra em contradição com os próprios deveres.

Não atribuir o estatuto social e jurídico de matrimônio a formas de vida que não são nem podem ser matrimoniais, não é contra a justiça; antes, é uma sua exigência.

(...)

Nem tão pouco se pode razoavelmente invocar o princípio da justa autonomia pessoal. Uma coisa é todo o cidadão poder realizar livremente atividades do seu interesse, e que essas atividades que reentrem genericamente nos comuns direitos civis de liberdade, e outra muito diferente é que atividades que não representam um significativo e positivo contributo para o desenvolvimento da pessoa e da sociedade possam receber do Estado um reconhecimento legal específico e qualificado. As uniões homossexuais não desempenham, nem mesmo em sentido analógico remoto, as funções pelas quais o matrimônio e a família merecem um reconhecimento específico e qualificado. Há, pelo contrário, razões válidas para afirmar que tais uniões são nocivas a um reto progresso da sociedade humana, sobretudo se aumentasse a sua efetiva incidência sobre o tecido social.

(...)

Não é verdadeira a argumentação, segundo a qual, o reconhecimento legal das uniões homossexuais tornar-se-ia necessário para evitar que os conviventes homossexuais viessem a perder, pelo simples fato de conviverem, o efetivo reconhecimento dos direitos comuns que gozam enquanto pessoas e enquanto cidadãos. Na realidade, eles podem sempre recorrer – como todos os cidadãos e a partir da sua autonomia privada – ao direito comum para tutelar situações jurídicas de interesse recíproco. Constitui porém uma grave injustiça sacrificar o bem comum e o reto direito de família a pretexto de bens que podem e devem ser garantidos por vias não nocivas à generalidade do corpo social.

(...)

A Igreja ensina que o respeito para com as pessoas homossexuais não pode levar, de modo nenhum, à aprovação do comportamento homossexual.

(...)

Reconhecer legalmente as uniões homossexuais ou equipará-las ao matrimônio, significaria, não só aprovar um comportamento errado, com a conseqüência de convertê-lo num modelo para a sociedade atual, mas também ofuscar valores fundamentais que fazem parte do patrimônio comum da humanidade. In: CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4420>>. Acesso em: 01 janeiro 2011.

nenhum tipo de condenação à homossexualidade, em outras palavras, ela sequer analisa a conduta homoafetiva isoladamente considerada. O que se condena é a libertinagem, a luxúria, a prostituição e o abuso sexual.⁴⁷

Ainda nesse sentido, o padre Jesuíta Luís Corrêa Lima, concedeu reportagem afirmando em muitos trechos que:

A homossexualidade é pecado?

A condição homossexual em si nunca é pecado, porque não se trata de uma escolha livre da pessoa. Com relação ao comportamento ou as escolhas, aí sim entra a liberdade.

(...)

Por que a hierarquia da Igreja condena a homossexualidade?

Igreja tem seus alicerces na milenária tradição judeu-cristã, mas está espalhada pelo mundo, vivendo na cultura moderna. No judaísmo antigo, acreditava-se que o homem e a mulher haviam sido criados um para o outro, para se unirem e procriarem, e o homoerotismo era considerado uma abominação. Israel devia se diferenciar de outras nações de várias maneiras, entre elas, proibindo. O cristianismo herdou essa visão antropológica com sua interdição. A Doutrina da Igreja corresponde a uma longa sedimentação, de muitos séculos. O consenso sobre a compreensão da Bíblia e da chamada lei natural não é imutável, mas não muda rapidamente.

(...)

Costuma-se dizer que a Bíblia condena a homossexualidade. É verdade?

A Bíblia expressa a fé do antigo povo de Israel e das primeiras gerações cristãs. Nessa expressão, a palavra de Deus está presente. A revelação divina se reproduz na linguagem e nas categorias humanas e tem um enraizamento sociocultural, mas não deve ser confundida com ele. Na Bíblia, há uma cosmologia que diz que o mundo foi criado em seis dias e a Terra surgiu antes do Sol e das estrelas. Há uma antropologia que diz que o homem vem do barro e a mulher da costela do homem. E nessa antropologia também se proibia a união entre dois homens e duas mulheres. Não se deve seguir tudo ao pé da letra, como se hoje fosse necessário entender assim. Na Bíblia, não há respostas para todas as nossas perguntas.

(...)

É possível ser homossexual e católico ao mesmo tempo?

Sim. A Igreja nasceu rompendo as fronteiras do judaísmo no primeiro século, incorporando multidões de povos que não eram circuncidados. Hoje, pode também se conceber uma identidade simultaneamente gay e cristã, estimulando as comunidades locais a acolher as diversidades.

Na página da agência católica ACI, as notas mais destacadas são declarações contra o matrimônio gay. Por que tanta obsessão contra os homossexuais?

Certa vez, o papa **Benedito XVI** disse que o cristianismo “não é um conjunto de proibições, e sim uma opção positiva”. Essa consciência hoje

⁴⁷ Apud, VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 89.

desapareceu quase completamente. Há no cristianismo uma tradição de séculos de proibição, medo e culpa. Convém retornar as nossas origens. A palavra evangelho quer dizer “boa notícia” e, para os cristãos, é o amor de Deus e sua salvação, revelados em Jesus Cristo. Hoje é necessário focar a dimensão positiva e alegre da mensagem cristã.

Conforme Boswell, a Igreja nem sempre condenou a homossexualidade e chegou a celebrar matrimônios homossexuais no passado. É verdade?

A história da Igreja é vasta; abrange um terço da humanidade por vinte séculos. Boswell é bastante documentado e é provável que o que diz tenha acontecido, mas essas práticas não viraram hegemônicas. No entanto, podem ajudar a pensar essa questão no presente e no futuro.⁴⁸⁻⁴⁹

⁴⁸A homossexualidade não é pecado. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=27645. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

49 Para melhor entendimento sobre o assunto, destacamos alguns outros trechos de artigos que ressaltam acerca da não concepção da homossexualidade como pecado: “(...) a Bíblia não condena a homossexualidade” e para tanto hoje temos 7 bons motivos para que você creia nesta afirmação.

1. Porque Deus não faz “acepção de pessoas”. A palavra acepção vem do grego “προσωποληπτης” que quer dizer “tomador de face” ou aquele que “recebe o rosto”, ou seja, Deus não faz distinção ou julgamento de pessoas baseando-se na aparência física, status social, etnia ou orientação sexual. PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “E, abrindo Pedro a boca, disse: “Reconheço por verdade que Deus não faz acepção de pessoas; mas que lhe é agradável aquele que, em qualquer nação, o teme e faz o que é justo.” (Atos 10, 34-35).
2. Porque já existe um vasto material nos mais diversos ramos das ciências humanas, sociais e biomédicas, que comprovam que a orientação sexual é tão inerente ao ser humano como a “cor dos olhos”, que não se trata de uma simples opção da parte do indivíduo, mas de algo que constitui a sua própria natureza. Privar homossexuais do livre acesso ao Reino de Deus é a mesma coisa que dizer a um canhoto: “Deus o criou assim, mas não o ama, a não ser que você comece a escrever com a mão direita!” Mesmo PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “Porventura pode o etíope mudar a sua pele, ou o leopardo as suas manchas?” (Jeremias 13, 23).
3. Porque nada poderá nos separar do amor de Deus em Cristo Jesus. E por que a homossexualidade nos separaria? Infelizmente as igrejas separam, os pastores homofóbicos separam, mas quanto a nós estamos bem certos como o Apóstolo Paulo, PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “Porque estou certo de que, nem a morte, nem a vida, nem os anjos, nem os principados, nem as potestades, nem o presente, nem o porvir, nem a altura, nem a profundidade, nem alguma outra criatura nos poderá separar do amor de Deus, que está em Cristo Jesus nosso Senhor!” (Romanos 8,38-39).
4. Porque o Senhor Jesus nos incluiu no Reino de Deus. Como sempre dizemos: o mundo não é gay, mas Deus criou uma parcela da humanidade para ser. A heterossexualidade é a regra, mas existe a exceção criada por Deus chamada homossexualidade. Veja que Jesus fez questão de apontar para este fato quando mencionou os “Eunucos que nasceram do ventre da mãe” quem são estes que desde o ventre da mãe não se atraem por mulheres? Os gays! PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “Ele, porém, lhes disse: Nem todos podem receber esta Palavra, mas só aqueles a quem foi concedido. Porque há eunucos que assim nasceram do ventre da mãe; e há eunucos que foram castrados pelos homens; e há eunucos que se fizeram eunucos, por causa do reino dos céus. Quem pode receber isto, receba-o. (Mateus 19, 11-12).
5. Porque “O fim da lei é Cristo”... (Romanos 10,4) e contra o amor não há lei, por isto estimulamos a união homoafetiva de amor e fidelidade: “Mas o fruto do espírito é: o amor (...) contra estas coisas não há lei.” (Gálatas 5,22.23), além do mais a Lei Mosaica estatuída em Levítico 18, 22 se referia ao se deitar com outro homem por questões de “idolatria”, pois era uma prática de povos circunvizinhos a Israel oferecerem como adoração a outros deuses a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo usando os prostitutos culturais (muitas vezes mencionados na Bíblia). Nestes cultos as pessoas praticam sexo entre iguais, não porque eram atraídas pelo mesmo sexo, mas porque tinham intuito de adorar a outros deuses, muito reforça esta posição é a palavra “toevah” que traduzida do hebraico como abominação só é usada para situações de prática de idolatria,

Visto a homossexualidade sob a concepção de pecado, agora passaremos a breve análise da concepção da homossexualidade como doença.

Conforme dito acima, atualmente não há mais o estigma que a homossexualidade seja considerada como doença, tanto é que esta foi excluída do rol da Classificação Internacional de Doenças – CID, que a considerava como desvio e transtorno de comportamento. Tanto o é que há Resolução do Conselho Federal de Psicologia que proíbe qualquer profissional de relacionar homossexualidade como transtorno psíquico passível de tratamento.

Mas, antes de se chegar a este entendimento, adotou-se, após abandonar a concepção de homossexualidade como pecado, por muito tempo a

assim a melhor tradução é PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “Com um homem não te deitarás, como se fosse mulher. É prática de IDOLATRIA.” (Levítico 18, 22)

6. Porque o Apóstolo Paulo quando escreveu aos cristãos de Roma (Romanos 1) se referia a prática de pecado no que tange ao sexo contra a natureza. A sociedade Romana havia se perdido em orgias sexuais, os homens mesmo heterossexuais preferiam dar vazão a todo o tipo de obstinação e orgias sexuais, sem se importar com a sua própria identidade sexual, veja, por exemplo, a vida do imperador romano Calígula que viveu exatamente na época em que Paulo escreveu a Carta, uma vida de orgias marcada por sexo contra a natureza em seu reinado. Para entender a ofensa pela qual a Palavra se refere, faça o seguinte: Pergunte a um rapaz heterossexual o que lhe é natural, se relacionar com outro rapaz ou com uma mulher? Claro que será com uma mulher, se ele praticar sexo com outro rapaz estará indo contra a sua natureza sexual. Veja que da mesma forma ocorre com um rapaz homossexual, se relacionar com uma mulher é ir contra a sua natureza sexual. O pecado está em agir contra a natureza sexual. Aquele que vive a vida sem ir contra a sua natureza sexual não está em condenação PORQUE A BÍBLIA DIZ ASSIM: “Portanto, agora nenhuma condenação há para os que estão em Cristo Jesus, que não andam segundo a carne, mas segundo o Espírito.” (Romanos 8, 1).

7. Porque distorceram a Palavra de Deus traduzindo erroneamente duas palavras do grego no texto de 1 Coríntios 6, 9 e 1 Timóteo 1, 10 a saber as expressões “malakoi” e “arsenoikotai” foram traduzidas como efeminados e sodomitas na versão da Bíblia João Ferreira de Almeida e em algumas traduções mais abomináveis como a NVI traduziu como “homossexuais ativos” e “passivos” respectivamente. Só como destaque é bom lembrar que a palavra homossexual só foi criada em 1869 e como poderia estar na Bíblia que é um livro que tem mais de 2000 anos. Mas nem tudo está perdido, a “Bíblia de Jerusalém” que é atualmente a melhor tradução das Sagradas Escrituras no mundo, traduziu sem intermediações pretensamente tradutológicas que acarretariam em qualquer distorção as palavras malakoi como “depravados” e “arsenoikotai” como “pessoas de costumes infames.” Assim, para a glória de Deus, A BÍBLIA REALMENTE DIZ ASSIM: “Ou não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganeis: nem impuros, nem idólatras, nem adúlteros, nem os depravados, nem as pessoas de costumes infames.” (1 Coríntios 6, 9). In: A Bíblia não condena. Disponível em:

http://www.igrejacontemporanea.com.br/j15/index.php?option=com_content&view=article&id=312:a-biancondena&catid=16&Itemid=66. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

concepção desta como distúrbio do comportamento, doença ou qualquer gênero que a caracterizava como passível de tratamento psiquiátrico, partindo-se do entendimento que a heterossexualidade era um comportamento sadio e qualquer comportamento fora desses padrões seguia a regra da anormalidade.

Este entendimento firmou-se no século XIX:

(...) em virtude das conseqüências da urbanização e da industrialização, especialmente diante do temor de epidemias e da necessidade da imposição de disciplina às classes trabalhadoras. Assim, saúde e moralidade confundiam-se no receituário das práticas médicas. (...) ⁵⁰

Grande contribuidor, Freud desmitificou a teoria que caracterizava a atração pelo mesmo sexo como perversão, a partir de sua obra *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*, além de ter contribuído para a desbiologização da sexualidade. ⁵¹

Feitas as considerações iniciais acerca da origem, evolução, concepção e terminologia acerca da homossexualidade, passamos a estudar as questões referentes aos princípios constitucionais relativos ao tema.

⁵⁰ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

⁵¹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Princípios constitucionais e sua abrangência – parâmetros gerais

Quando falamos em princípios constitucionais, sempre vêm a tona dois princípios básicos, quais sejam, o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, contudo, existem outros tantos princípios constitucionais inseridos dentro da Constituição – implícito ou explicitamente – que nem sempre são conhecidos ou não são tratados com grande abrangência pela doutrina e jurisprudência.

A Constituição de 1988, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, não a dispôs somente como um princípio esparso ou homogêneo, mas a inseriu dentro dos objetivos a que se propôs o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, também encontra-se o princípio da igualdade – não como objetivo basilar do artigo 1º da Constituição – mas, como um dos fundamentos básicos da Carta Constitucional, inserido no artigo 5º do mesmo diploma legal.

Antes de começar a trabalhar com os princípios constitucionais, primeiramente, devemos conceituar e situar a abrangência da palavra princípio e sua aplicação dentro do direito constitucional. “Ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação

mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes.”⁵²

Assim, podemos dizer que os princípios estabelecem idéias, preceitos de caráter programático, não especificando como, quando e onde as ações podem ser concretizadas e feitas, como também não trazem em seu campo conceitual os efeitos que pretendem produzir.⁵³

Também podemos assim dizer que os princípios se diferem das normas, pois, estas últimas trazem para si os efeitos que pretendem produzir, possuindo, por muitas vezes, conteúdo de eficácia plena. Mas, podemos dizer que os princípios possuem força de norma dentro do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, o legislador constituinte de 1988 abarcou no texto, normas que devido ao seu conteúdo e aplicação tornaram-se princípios de unidade constitucional, como também, explicitou no texto constitucional, princípios que se tornaram regras.

Não é função deste nosso trabalho expor a fundo as diferenças apontadas pela doutrina acerca dos princípios e das normas, o que ensejaria um trabalho apenas para este assunto.⁵⁴ Trataremos do assunto apenas sucintamente. Neste sentido, citamos breve explicação de Luís Roberto Barroso acerca do tema:

A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.⁵⁵

⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 119.

⁵³ O autor Humberto Ávila ressalta que: “As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão dos sentidos das regras.(...)”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Malheiros Editores, 2009, p. 97.

⁵⁴ Acerca da discussão entre normas e princípios, remetemos a leitura do livro do professor ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 2009.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.

Robert Alexy⁵⁶, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* relata a explicação acerca da distinção entre princípios e normas:

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização freqüente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante..

Com freqüência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Feita a conceituação de princípios⁵⁷ passaremos a uma breve análise da sua abrangência.

Os princípios constitucionais por estarem inseridos dentro do texto constitucional, possuem maior aplicação e obediência por parte do legislador e do aplicador do direito. Não é apenas pela razão de estarem inseridos dentro de uma série de outras normas, mas, é porque assim quis o legislador constituinte, pois, do contrário a não-obediência aos princípios constitucionais ensejaria em uma quebra de sistema democrático, onde estes, se não houvesse a força constitucional, não seriam mais do que simples palavras que não obrigariam ou vinculariam o aplicador e legislador do direito.

Desta forma, o aplicador do direito, antes de aplicar o direito posto ao

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008, p. 82-83.

⁵⁷ Para uma conceituação mais abrangente acerca do princípio, citamos passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello citado por Luis Roberto Barroso, onde aquele ressalta que: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...Violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”. *Apud*, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.153.

direito pressuposto, ou seja, o caso concreto ao seu encaixe com a norma legal, deve antes de aplicá-la, submeter o seu crivo aos princípios constitucionais, pois, estes delimitam não somente as questões e casos concretos em face da Constituição, mas também, erradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.⁵⁸

Podemos a partir de um pequeno exemplo, exemplificar a abrangência de atuação dos princípios constitucionais. Analisaremos a situação das cotas raciais: Um juiz ao decidir um caso a respeito de pedido para participação em vestibular para concorrer às vagas destinadas as cotas raciais se depara com a situação de preferência do legislador no tocante ao aspecto “cor de pele”; ao analisar o caso, examinou todos os pressupostos processuais, e.g., condições da ação, requisitos da lei e possíveis atendimentos a questões administrativas e se indaga se há alguma afronta aos princípios constitucionais. Observa que este caso não atende ao pressuposto do princípio da igualdade; ora se a Constituição garante que não haverá distinção de raça, cor ou qualquer gênero, a legislação referente as cotas está de certa forma, a diferenciar àqueles que não são negros, ao passo que podemos concluir que se a norma regulamenta condições diferenciadas somente para esta determinada categoria, então é por que os negros necessitam de norma regulamentadora especial para ingresso na faculdade, desmerecendo àqueles que não são da referida cor de pele, o que fere o princípio da igualdade constitucional, e poderia assim ser declarada inconstitucional.

Assim, o legislador do direito infraconstitucional, também é um aplicador do direito constitucional “*puro*”, pois, a Constituição não está somente afeta às questões políticas, mas, antes de tudo, está afeta aos preceitos sociais para

⁵⁸ Ibidem, p. 151.

estabilização de um Estado Democrático de Direito, sem o qual, não haveria de se sobrepor a convivência em sociedade.

Desta forma,

Ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a seu serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político.⁵⁹

Neste contexto, podemos nos referir ao grande debate e embate acerca do “*mínimo existencial*”⁶⁰ e a “*reserva do possível*”. A discussão acerca deste assunto se insere no contexto de atuação do Judiciário para efetivar os direitos inseridos na Constituição, em outras palavras, até que ponto pode agir o Judiciário para garantir que o Poder Executivo cumpra o dever prestacional social que lhe é incumbido pela Constituição. Um dos grandes debates existentes acerca do tema refere-se ao fornecimento de remédios e de leitos na rede hospitalar privada, que não é o enfoque deste trabalho.⁶¹

Portanto, o legislador constituinte de 1988 não pretendeu estipular questões de ordem política que pudessem ser resolvidas por outros meios, mas sim,

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

⁶⁰ Segundo Ana Paula de Barcellos, mínimo existencial, ou núcleo da dignidade humana representa um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, procurando superar a imprecisão dos princípios, que possa garantir a efetividade e exigência de tais direitos do Estado. Já segundo Robert Alexy, citado pela mesma autora, mínimo existencial constitui uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real. *Ibidem*, p.118-121.

⁶¹ O grande embate existente hoje, pode-se ver mais claramente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; enquanto o primeiro defende a “reserva do possível” destacando que o Estado está obrigado até o limite de suas condições financeiras e orçamentárias, o segundo defende a tese do “mínimo existencial”, onde o Estado é obrigado a garantir as condições mínimas para que o ser humano possa viver com o mínimo de dignidade. Neste sentido, colacionamos julgado recente do Superior Tribunal de Justiça em desacordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. RESP 784241.Ministra Eliana Calmon. Data de julgamento: 08/04/2008. EMENTA: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA. – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE. (...)4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 5. Embora venha o STF adotando a ‘Teoria da Reserva do Possível’ em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.”

estipulou que os ditames de um Estado Democrático de Direito fossem colocados de forma tal a garantir que as pessoas pudessem exigir do Estado a contra-prestação de um direito que lhe é garantido por lei.

Na melhor compreensão do tema, podemos dizer que o legislador pretendeu abarcar no texto constitucional os direitos mínimos que pudessem ser garantidos às pessoas de forma a ser exigível o mínimo do Estado para garantir a dignidade humana.

Poderíamos descrever muitas teses acerca deste assunto, até onde, quando e como podem ser aplicados os princípios constitucionais, contudo, não é esta a intenção deste trabalho.

Os princípios constitucionais, ou melhor, os princípios em geral, não tiveram sempre este destaque dentro das teorias doutrinárias e jurisprudenciais. Muito tiveram que lutar para conquistar o status de norma jurídica, valorizando seus efeitos, seus preceitos, desmitificando a crença puramente axiológica existente; passaram a ter eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata.⁶²

De uma maneira sucinta podemos dizer que os princípios tornaram a Constituição em um modo aberto de aplicação do direito posto, não ensejando apenas na aplicação fria e sistemática da lei em sua palavra escrita, mas possibilitou e possibilita ao intérprete que não se prenda somente ao texto, valorizando questões de cunho não eminentemente positivo, o que nos permite dizer que é grande a aplicação e importância destes princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista, a abrangência de sua aplicação.⁶³

A partir desta definição acerca da sua abrangência, podemos verificar que

⁶² BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 337.

⁶³ “A Constituição passa a ser encarada com um sistema aberta de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel central.” Ibidem, p. 338.

os princípios constitucionais não fazem distinção alguma aos casos que se submetem à sua aplicação, ou seja, o legislador não definiu quais casos poderiam ou não ser abrangidos pelos princípios constitucionais, e é aí que se insere a discussão das relações homoafetivas.

O princípio da igualdade constitucional insere-se no contexto onde não se podem fazer quaisquer distinções que não sejam estipuladas por lei, e como não há no ordenamento pátrio qualquer fundamento para que haja distinção de tratamento entre as relações homoafetivas e demais relações, não há que se dizer de qualquer modo que não se pode aplicar o princípio da igualdade constitucional a tais relações, podendo incidir em demasiada afronta a Constituição.

Também podemos assim relatar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, já que não se pode haver distinções entre as relações homoafetivas e quaisquer outras relações, a dignidade humana não pode ser atingida, de modo a afrontar o próprio ímpeto pessoal e individual do ser humano, em outras palavras, não se pode haver distinções de modo a não garantir que as pessoas que vivem relações homoafetivas, possam exercer a própria dignidade humana que é basilar proteção do Estado.

É sobre este aspecto que passamos a tratar nos próximos tópicos.

2.2 Uniões homoafetivas e princípios constitucionais

Quando nos referimos às relações homoafetivas, sempre dois princípios vêm a baila para discussão, quais sejam, o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Não é que os demais princípios não sejam aplicáveis, mas, em síntese estes dois delimitam o tema da discussão tema deste trabalho.

O direito contemporâneo não se atém somente às questões relativas aos casos que se possam aplicar diretamente a norma “seca” sem surgimento de fato

novo; este se atém a fatos relevantes onde as situações não são comuns à aplicação da norma constitucional pelo intérprete. Neste sentido, grandes correntes correlacionam as novas situações postas no ordenamento jurídico e a sua aplicação diante da norma que por muitas das vezes não disciplina sobre o assunto ou às vezes não chega nem mesmo a existir, como é o caso das relações homoafetivas.

No contexto destas novas relações e novas aplicações do direito, surgiu a corrente do pós-positivismo – ou neoconstitucionalismo- que se concentra na aplicação do direito de uma maneira mais racional, uma correlação entre o direito e a ética, reorganizando as técnicas de interpretação, permitindo que os princípios possam ser aplicados de forma igualitária às normas jurídicas.⁶⁴

A corrente pós-positivista⁶⁵ procura atender aos preceitos constitucionais de forma a garantir que todos tenham acesso as garantias legais, de modo a não permitir que, por fundamentos desvalorizados se possa desigualar relações e/ou situações que não se encontram – em tese e literalmente (de forma escrita) – dispostas na lei.

Através desta “nova” forma de interpretação inseriu-se no ordenamento um novo sentido de justiça, em um cenário de novas interpretações e aplicações de novos valores, atribuindo mais praticidade a hermenêutica constitucional e um novo entendimento dos direitos fundamentais.

Desta forma, não é com base em fundamentos preconceituosos ou desmitificados de valor legal que se pode tratar de forma diferente situações iguais,

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

⁶⁵ “O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.” Ibidem.

e é nisto, que se pode correlacionar ao princípio da igualdade, onde não pode o aplicador com base em fundamentos próprios e ausentes de parâmetros legais e cheios de fundo preconceituoso, permitir que situações diferentes no campo dos fatos sejam amparadas de forma diferente, embora possuam o mesmo fundamento teórico.

Correlacionado a este, a dignidade humana não pode ser afrontada de modo que não se possa garantir o mínimo de respaldo para seu exercício. A dignidade humana é princípio basilar do Estado Democrático de Direito, e é mais do que um princípio basilar de todas as pessoas, é o mínimo que cada pessoa pode ter para viver dignamente.

Qualquer pessoa, independente de raça, cor, orientação sexual, tem o direito de usufruir de seus direitos conforme lhe são estipulados pela Constituição, pelo contrário, estaríamos diante de um direito fundamental que não possui eficácia plena e nem abrangência de tratamento, o que ensejaria em uma própria norma constitucional inconstitucional e omissiva.

Portanto, não garantir que as relações homoafetivas tenham o mesmo tratamento que outras relações⁶⁶, conforme está estipulado no artigo 226, § 3º da Constituição é o mesmo que dizer que estas relações são ilegítimas, não merecedoras de qualquer amparo legal, o que é contrário aos ensinamentos do constituinte de 1988, que estipulou o dever do Estado em promover os valores legítimos de direitos suprapositivos a quem os pleiteia.

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolver a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com

⁶⁶ Conforme ensinamentos de Maria Berenice Dias: *“A restrição constante do § 3º do art. 226 da CF/88, só reconhecendo como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a união estável entre um homem e uma mulher, configura verdadeira afronta tanto ao cânone do respeito à dignidade humana como ao princípio da igualdade, que são vetores do perfil democrático do Estado. Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio constitucional, há de prevalecer o princípio”*. Apud, SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 53.

um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.⁶⁷

2.2.1 Princípio da igualdade constitucional

George Sarotte, citado por José Afonso da Silva nos traz a seguinte menção acerca do princípio da igualdade:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito: é um modelo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.⁶⁸

Princípio da igualdade, é basilar e um dos pilares mais importantes do sistema normativo brasileiro; nele se baseia a perspectiva de um Estado igualitário, onde não haja designação de discriminações de qualquer tipo, qualquer natureza, onde todos possam viver igualmente.

Ronald Dworkin ressalta que “(...) o princípio da igualdade proclama que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração.”⁶⁹

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

⁶⁸ *Apud*, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, 2004, p. 213.

⁶⁹ *Apud*, SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia.

Além de demonstrar esta base firme igualitária, o princípio da igualdade baseia-se em um princípio democrático, sem o qual, a nosso ver, não poderíamos continuar na luta democrática, onde todos pudessem viver de maneira livre e livre de perseguições, onde todos possam expressar suas idéias sem serem criticados ou perseguidos.

Portanto, não devemos esquecer que há muito pouco tempo, o país brasileiro, passou por uma das mais terríveis e tristes épocas da história brasileira, a ditadura militar. Nesta fase⁷⁰, pessoas foram perseguidas, torturadas, morreram por um ideal de vida, lutaram por um Estado igualitário, onde não houvesse luta por poder, mas sim, luta por uma condição de vida digna. Esta luta consolidou-se com a promulgação da Constituição de 1988, onde o legislador estipulou, entre tantos outros direitos fundamentais, o direito à igualdade.

Desta forma, o princípio da igualdade não é um princípio qualquer, não é apenas um princípio, é uma forma de expressão individual, que precisou de muitas lutas e muitos debates para que se chegasse ao grau que possui atualmente.

Podemos destacar um dos principais corolários deste princípio que consiste “(...) em impedir que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida.”⁷¹

E é isto que acontece com a legislação infraconstitucional brasileira, já que, não há nenhuma lei federal que reconhece legalmente, de maneira expressa as

(Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 634.

⁷⁰ No dia 1º de abril de 1964, o Brasil mergulhou em uma nova fase de sua estória. Durante 21 (vinte e um) anos o país viveu um regime de governo militar, que marcou a nação, seu povo e suas instituições. Foram duas décadas de confronto entre forças políticas e sociais. Neste conflito ambos os lados, governo e oposição, utilizaram todos os seus recursos: censura, terrorismo, tortura e guerrilha. Este período obtuso foi imposto com apoio da burguesia nacional reacionária e com grande contribuição,, inclusive bélica do capitalismo estrangeiro. Informações disponíveis em: www.rabisco.com.br/33/ditadura.htm. Acesso em 16 de abril de 2010.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 635.

relações entre pessoas do mesmo sexo, tratando de forma dispare casais heteros e homoafetivos, o que de acordo com o princípio da igualdade é completamente incompatível com os preceitos estipulados pela Constituição brasileira.

Neste sentido, também devemos lembrar que embora haja diversos Estados⁷² brasileiros que já dispõem acerca de direitos aos casais homossexuais, não há por parte destas, reconhecimento expresso de que essas uniões se equiparam às relações heterossexuais garantindo-lhes os mesmos direitos.

Assim, “Entende-se em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser entendida em desconformidade com a isonomia.”⁷³

Portanto, a partir do momento que um Estado ou até mesmo o Judiciário não garante que uma pessoa exerça sua igualdade de direitos, e.g., constitua família, adote ou tenha direito aos benefícios previdenciários, é negar tanto a igualdade formal⁷⁴, como a igualdade material e até a mesmo a dignidade humana.

Podemos dizer que diante desta situação não há que se discutir entre a

⁷² Constituição do Estado de Sergipe: art. 3º, inciso II; Constituição do Estado do Pará: art. 3º, inciso IV. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/LEGISLA/leg/Diversa/ConstEmendas/ConstEstadual/Constituicao%20Pa-ra.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2010. Constituição do Estado do Mato Grosso: art. 10, inciso III. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm. Acesso em 16 de abril de 2010. Também há legislações específicas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, e ainda mais oitenta municípios que possuem algum tipo de lei que contempla a proteção dos direitos humanos de homossexuais e combate à discriminação por orientação sexual. Disponível em: www.dedeteixeira.org.br/biografia/texto.asp?id=88&var=projetos. Acesso em 16 de abril de 2010. A título de exemplo citamos a Lei Municipal nº 4.667/97 do Estado de Alagoas, que pune com sanções os estabelecimentos comerciais e industriais que discriminarem pessoas em razão de sua orientação sexual. Disponível em: www.ggal.al.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=79. Acesso em 16 de abril de 2010.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 09.

⁷⁴ O autor Roger Raupp Rios narra que “O princípio da igualdade, vislumbrado sob a perspectiva do Estado de Direito formal, recebe idêntica adjetivação: igualdade formal. Juridicamente, revela-se segundo a expressão igualdade diante da lei.” In: RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

igualdade formal e a igualdade material⁷⁵ no que tange à diferenciação das relações homoafetivas das heterossexuais, haja vista que não há nenhum pré-requisito para dizer quem é igual e quem é desigual; simplesmente deve-se abster de padrões pré-estabelecidos a fim de evitar qualquer tipo de diferenciação.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que não há critérios manipuláveis que se possam estabelecer um grau de diferenciação a fim de ser utilizado por todos, em outras palavras, quais são os critérios para definir quem são os desiguais e quem são os iguais. Assim, tratando da afirmação aristotélica de que deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, o professor ressalta que:

Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incerteza cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais? A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos tranfundidos no princípio constitucional da isonomia?⁷⁶

Assim, o que o princípio da igualdade veda são os tratamentos e discriminações arbitrárias que não possuem qualquer embasamento jurídico, muito menos respaldo constitucional, “(...) pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigalam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça (...)”.⁷⁷

Desta forma não há o que se justificar quanto ao tratamento desigualitário

⁷⁵ Hans Kelsen relata que: “A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria um absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.” Apud, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 11.

⁷⁶ Ibidem, p. 11

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

entre as relações hetero e as relações homoafetivas, já que o princípio se revela preponderante quanto a diferenciação no caso de desiguais situações, o que não é diferente neste caso, já que não há nenhum respaldo jurídico que se possa dizer que as relações heterossexuais são merecedoras de maior privilégio do que àquelas outras. Em outras palavras, não se pode dizer que situação “A” é melhor que situação “B”, simplesmente, por conta de preceitos pré-concebidos, que estimulem decisões preconceituosas, fundadas em fundamentos religiosos, étnicos, culturais, ou qualquer outro tipo de diferenciação.

Portanto, dizer que as relações heterossexuais possuem maior estabilidade, simplesmente porque estão dispostas na Constituição Federal e em alguns outros dispositivos constitucionais e legais, é o mesmo que dizer que as relações homoafetivas não são carecedoras de atenção ou respaldo legal, base disso, tiramos diversos julgados⁷⁸ que negam o reconhecimento legal das relações homoafetivas pelo simples motivo de não estarem dispostas na Constituição, o que é claramente dissociável da idéia de igualdade.

Relembramos que o princípio da igualdade não é e nem pode ser abarcado tão somente por um determinado grupo de pessoas individualmente; este princípio e todos os demais princípios constitucionais devem ser aplicados de forma

⁷⁸ A título de exemplo, citamos dois julgados: o primeiro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o segundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. - A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. - A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual. Ap. Cível. 1.0702.04.182123-3/001. Rel. Ernane Fidélis. Julgamento 29/05/2008. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 27 de abril de 2010.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. “O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.” (Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira). Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 27 de abril de 2010.

homogênea de modo a não beneficiar ou prejudicar determinados grupos. Por certo, então, que o princípio da igualdade não pode e nem deve ser abarcado sob diferentes aspectos de minorias individualistas.⁷⁹

Podemos averiguar nesta linha, que existe um véu imperceptível, que revela o preconceito existente por parte do legislador que garantiu preferência de tratamento em relação às relações heterossexuais, já que para estas existem inúmeras leis que asseguram o exercício de diversos direitos, o que diferentemente ocorre com as relações homoafetivas, que batalham para conquistar o pleno exercício de seus direitos e a igualdade de tratamento que é garantido constitucionalmente.

Na verdade, sob a aparente neutralidade da legislação infraconstitucional brasileira, que apenas protegeu juridicamente as relações heterossexuais, esconde-se o mais insidioso preconceito contra os homossexuais. Mas esta postura está em franca desarmonia com o projeto do constituinte de 1988, que pretendeu fundar 'uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos', como consta no Preâmbulo da Carta.⁸⁰

É verdade que os casais heterossexuais têm plena liberdade de formarem família, adotar, sob todos os preceitos legais⁸¹ e constitucionais, contudo, quanto às relações homoafetivas não é dado o mesmo tratamento; as mesmas possibilidades são negadas, não havendo qualquer motivo ou respaldo legal para tal, o que nos leva a concluir que o princípio da igualdade não é abarcado por todos àqueles que precisam, ou seja, o próprio legislador, que precipuamente deveria se ajustar à norma posta, não o faz.

⁷⁹ "(...) o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual (...) não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador." In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, 2004, p. 215.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 636.

⁸¹ Alguns direitos assegurados aos casais heterossexuais: a) celebração do casamento; b) constituição de família; c) igualdade dos cônjuges e dos filhos; d) proteção à maternidade e à paternidade.

Segundo José Afonso da Silva:

O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo como os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos.⁸²

Em destaque também podemos relatar que o conceito moderno de família⁸³ não se resume somente a união entre o homem e a mulher; a concepção atual pressupõe a existência não somente de um dos pais, mas acima de tudo a existência de afeto e confiança, o que se pode verificar mais astutamente no caso das adoções.

Podemos dizer então que “O moderno enfoque dado à família volta-se mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à identidade sexual de seus membros.”⁸⁴

Então nos deparamos com a seguinte indagação: diante do princípio da

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., revista e atualizada, Malheiros Editores, 2004, p.215.

⁸³ Neste sentido ver: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138> Acesso em: 20 abril de 2010. O autor relata que o conceito moderno de família baseia-se no afeto e não somente no que está inserido dentro da norma jurídica que constitui como família apenas a união entre homem e mulher: “Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: o afeto. Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (affectio familiae). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar. Não obstante a consolidação deste conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o seu reconhecimento expresso, o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homossexuais (ou homoafetivas, termo mais apropriado para o cenário da atualidade), optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar além daquelas 3 (três) já previstas na Constituição Federal.”

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

igualdade pode o legislador impor critérios diferenciadores para tratar diferentemente situações igualitárias? E ainda o princípio da igualdade realmente existe ou é apenas letra fria da Constituição?

Para responder a estas indagações trazemos a baila o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (grifo nosso).

Podemos averiguar que o constituinte proibiu a diferenciação qualquer que seja a sua natureza, requisito ou motivo, não podendo o legislador infraconstitucional partir de preceitos outros para legalizar critérios que possam caracterizar tratamentos desigualitários. Neste sentido, o constituinte vedou ao legislador e aplicador do direito que diante da subjetividade da expressão “qualquer natureza” pudesse considerar critérios outros por entender que a expressão abarcaria critérios de discricionariedade fundados em mera conveniência.⁸⁵

Ademais, o constituinte de 1988 não quis criar um “abstracionismo constitucional” ao expor no *caput* do art. 5º a expressão “qualquer natureza”. Pretendeu este abarcar todas e quaisquer situações, presentes e futuras, que pudessem incidir em aplicação do princípio da igualdade.

Portanto, ao expor “qualquer natureza” não se está a criar situações inimagináveis, mas sim, aplicar às situações legais e sociais, indistintamente de verificação de pré-requisitos inexistentes a igualdade constitucional.

Como podemos verificar, existe expressa proibição de discriminação relacionada à orientação sexual, já que embora não especificado no texto constitucional, a abrangência da expressão “qualquer natureza” agrega as situações

⁸⁵ Por analogia pode-se considerar que pela abstração da norma o legislador considerasse critérios baseados na discricionariedade administrativa, baseados na conveniência e oportunidade do ato jurídico. Contudo, verificamos que a subjetividade da norma não pode induzir o legislador a conduzir situações baseados nos critérios de conveniência e oportunidade, já que neste ponto não estaria agindo como Poder Legislativo, mas sim como Poder Executivo.

relacionadas às uniões homoafetivas.

Neste mesmo sentido também citamos o art. 3º, inciso IV, da Constituição que dispõe:

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

 IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, **e quaisquer outras formas de discriminação.**”(grifo nosso)

Neste sentido, citamos o professor José Afonso da Silva, que preceitua que “(...) a abrangência da vedação constitucional às outras formas de discriminação é suficiente para englobar aquelas fundadas na orientação sexual, já que este é também um fator que tem servido de base para desequiparações e preconceitos.”⁸⁶

Portanto, a expressão “qualquer forma de discriminação” abarcaria à designação relacionada à orientação sexual, já que, embora não expressa, a abrangência do sentido da norma não poderia se levar por abstracionismos e critérios de discricionariedade e conveniência, por certo não ser esta a função do legislador e do aplicador do direito.

Assim, o Estado ao aplicar o postulado da igualdade estaria apenas exercendo seu dever constitucional de aplicação das normas, em outras palavras,

(...) o Estado, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, estará tão-somente respeitando e conferindo a devida proteção legal às escolhas afetivas feitas por pessoas que não teriam como se realizar existencialmente através da constituição de família com indivíduos do sexo oposto.⁸⁷

Portanto, a discriminação fundada em orientação sexual é fator discrimen proibido pelo legislador constitucional, pois, ao estipular que não haveria discriminação fundada no sexo, não o quis relacionar somente ao gênero feminino

⁸⁶ *Apud*, SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 636.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 641

ou masculino, mas também, a preservação das situações que adviriam deste, ou seja, “(...) a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual.”⁸⁸

Assim o ato de discriminação fundada na orientação sexual⁸⁹ da pessoa (atração física ou mera conduta) não pode ser considerado pelo legislador constitucional ou aplicador do direito, visto que, caso contrário ao desconsiderar direitos a uma pessoa pelo motivo de sua orientação sexual estaria negando o livre arbítrio da pessoa, pois, afinal, a igualdade pressupõe que as pessoas possam exercer suas escolhas do modo que achar devido, livre de perseguições de qualquer gênero. Negar o livre arbítrio⁹⁰ das escolhas é negar a liberdade, a igualdade.

⁸⁸ RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ, vol. 2, nº 06, setembro/dezembro 1998. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/160/248>. Acesso em 20 de abril de 2010.

⁸⁹ “Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.” DIAS, Maria Berenice. *A homoafetividade como direito*. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau. (Org). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p.338. Também disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=e5ctyMqylq8C&pg=PA345&dq=uniao+homossexual&lr=&cd=21#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 de abril de 2010.

⁹⁰ Entendemos que a discriminação por orientação sexual, além de estar fundada no sexo da pessoa, o fator discrimen insere-se na escolha da pessoa em relacionar-se com um sexo igual ao seu, ou seja, a discriminação eleva-se ao ponto de aferir sobre os desejos das pessoas, ao ponto de interferir no livre arbítrio das pessoas. Para elucidar a questão, citamos o autor Roger Raupp Rios: “De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito — isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe; B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discrimen não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher — sua orientação sexual. Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda; só oculta o verdadeiro — e sempre permanente — fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como

De outra banda, também não podemos esquecer que a Constituição de 1988 adotou um sistema aberto de direitos fundamentais, de acordo com a redação do art. 5º, § 2º da Carta Constitucional, que relata:

Art. 5º (...)

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)

De acordo com este preceito, o constituinte não quis que os direitos e garantias estipulados na Constituição fossem imutáveis a ponto de não serem reconhecidos ao longo do tempo, quis este reconhecer os princípios decorrentes tanto do decurso do tempo – e.g. costumes – quanto os advindos do direito internacional, quais sejam, àqueles advindos dos tratados internacionais ou mundialmente reconhecidos. Este sistema é chamado pela doutrina de sistema aberto⁹¹ ou alopoiese constitucional.

Neste sentido, relata o professor Paulo Gustavo Gonet Branco⁹², a respeito do sistema aberto constitucional, explicitado no art. 5º, § 2º da Constituição:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição.

pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A)." RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ, vol. 2, nº 06, setembro/dezembro 1998. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/160/248>. Acesso em 20 de abril de 2010.

⁹¹ *"Na teoria material da Constituição, o sistema constitucional, então, é aberto, pronto a receber novos dados e com eles interagir. Desse modo encontramos-lo em Canotilho, compreendendo a Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade, especialmente no Estado Democrático, onde sua força normativa depende de sua aptidão para admitir propostas variadas de concretização, depende, enfim, de sua abertura."* Ver: STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. *Interpretação Constitucional: sistema e problema*. Disponível em: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at12.htm> Acesso em: 20 de abril de 2010.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 160.

E é neste rumo do sistema aberto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é reconhecida pelo ordenamento brasileiro. Esta Declaração nos traz o entendimento do postulado da igualdade ao expor que não há qualquer fundamento para que haja distinções de qualquer natureza, conforme reza o art. 7º: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”⁹³

No mesmo sentido citamos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que relata em seu art. 2º, item I:

Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.⁹⁴

A professora Flávia Piovesan ensina que a nova concepção de igualdade, baseada no respeito à diferença e a diversidade, foi inserida recentemente, consubstancia-se em uma idéia de direito igualitário contemporâneo. Desta maneira a professora ensina que:

Essa nova concepção, ainda tão recente, apresenta duas vertentes básicas, que visam à implementação do direito à igualdade. São elas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade. Na ótica contemporânea, a concretização do direito à igualdade implica a implementação dessas duas estratégias que não podem ser dissociadas. Isto é, hoje o combate à discriminação torna-se insuficiente se não se verificarem medidas voltadas à promoção da igualdade. Por sua vez, a promoção da igualdade, por si só, mostra-se insuficiente se não se verificarem políticas de combate à discriminação.⁹⁵

Neste giro pudemos perceber a grandiosidade do princípio da igualdade como postulado de um Estado Democrático de Direito, contudo, mesmo diante de todos os aparatos que foram apresentados e diante da força normativa que possui a

⁹³ Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm Acesso em: 20 de abril de 2010.

⁹⁴ Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm Acesso em 20 de abril de 2010.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186-187.

Constituição⁹⁶, não vislumbramos a intenção do legislador e do aplicador do direito no cumprimento à Constituição, ou seja, o princípio da igualdade, embora transcrito e expresso na Constituição e em tratados internacionais, não é efetivo, embora existente.

Por conseqüência, a existência do princípio da igualdade não é o bastante a embasar que não se haja mais discriminações de qualquer tipo, sendo que, a existência da norma sem a sua eficaz validade não comporta aplicabilidade imediata e válida, insurgindo em mero formalismo tradicional, onde o que se há são somente normas escritas sem aplicação, o que se têm são letras que não possuem o condão de vincular o interprete da lei a sua fiel execução.

Fortalecendo nosso entendimento, citamos o entendimento do autor Pablo Lucas Verdú, citado no livro do professor Roger Raupp Rios que destaca que no entendimento daquele autor o formalismo do princípio da igualdade caracteriza-se por uma forte despreocupação com as condições reais de vida, deixando transcorrer às vistas do Poder Público as desigualdades econômicas e sociais. Segundo Pablo Lucas Verdú, o que existe é “uma evidente hipocrisia, na medida em que, apesar da solene proclamação da igualdade, subsistem intoleráveis desigualdades e diferenciações que provocam a irritação e o rancor das classes.”⁹⁷

Portanto, apesar de existir formalmente, o princípio da igualdade não possui funcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, de nada adianta os esforços feitos pelo constituinte e pelas normas constitucionais se quem haveria de defender tais direitos apenas o desconsidera.

Maria Berenice Dias relata que:

De nada adianta a Lei Maior assegurar iguais direitos a todos perante a lei, dizer que os homens e as mulheres são iguais, que não se admitem

⁹⁶ Ver HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor.

⁹⁷ *Apud*, RIOS. Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver tratamento desigualitário em razão do gênero e a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado que respeita a dignidade humana, tendo a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais.⁹⁸

Elucidada a questão referente ao princípio da igualdade, passamos agora ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana e suas peculiaridades.

2.2.1.1 Liberdade constitucional como pressuposto do princípio da igualdade

Neste pequeno tópico trataremos do princípio da liberdade constitucional como pressuposto do exercício do princípio da igualdade, portanto, como este princípio não é questão chave de nosso trabalho, trataremos de forma breve o assunto apenas para remeter o leitor a uma melhor compreensão do tema.

O art. 5º da Carta Constitucional ao proclamar que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, está a tratar implicitamente do princípio da liberdade. Este princípio é basilar de um Estado Democrático, pois, sem ele não seria possível o exercício de muitos direitos que exigem a livre escolha do indivíduo para seu exercício, em outras palavras, a livre manifestação da vontade vem a declarar o pleno desenvolvimento subjetivo quer de uma liberdade individual, quer de uma liberdade humana, irrestrita e global.

Afinal, como dito no capítulo 02 deste trabalho, várias liberdades foram retiradas do povo brasileiro na era da ditadura militar, não sendo, pois, a democracia evidente naquele momento, já que, liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdades individuais, todas elas foram restringidas ou completamente retiradas, de modo que, ao desrespeito das regras impostas a liberdade de ir e vir ou de viver

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *A homoafetividade como direito*. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau. (Org). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 330. Também disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=e5ctyMqylq8C&pg=PA345&dq=uniao+homossexual&lr=&cd=21#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 de abril de 2010.

também era retirada.

Hoje, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e mais ainda com o evoluir do pensamento jurídico, o princípio da liberdade ganhou bastante amplitude ao tornar-se membro indispensável de uma democracia e não somente por isto, mas também, pelo fato de ser indissociável sua junção como pressuposto do igualdade constitucional, afinal, como teríamos a igualdade se não pudéssemos ou não tivéssemos a liberdade de exercê-la?

A liberdade nos traz a perfeita sintonia para compreender que o seu exercício nada mais é do que o exercício do livre arbítrio individual de cada pessoa, pois, se não se pode expressar idéias, expressar um sentimento, a orientação sexual, então o indivíduo é privado de seu próprio livre arbítrio.

Desta forma, relutante se faz aqui uma breve reflexão a respeito deste princípio, por estar de encontro com o tema das relações homoafetivas e os princípios constitucionais, e sendo assim, trataremos aqui do princípio da liberdade como princípio do livre arbítrio.

Se a liberdade pertence ao próprio indivíduo e assim também como a orientação sexual pertence e é exercida por cada pessoa em sua condição natural de livre escolha, então podemos dizer que o princípio da liberdade garante o livre arbítrio da pessoa poder exercer sua orientação sexual, como forma do pleno exercício da liberdade constitucional, pois, se a sexualidade integra a própria condição humana, então, não se pode deixar que se retirem da pessoa a liberdade de exercer sua orientação sexual, seja ela qual for, afinal, faz parte da condição de ser humano ter uma orientação sexual, seja ela declarada ou não. Assim, “todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.”⁹⁹

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e->

Desta forma podemos dizer que o “(...) princípio da liberdade, que assegura a autonomia ética, expresso no Art. 5º, caput, da Carta Magna, configura-se como a possibilidade de escolha do homem para decidir suas atitudes, visando sua realização pessoal.”¹⁰⁰

Contudo,

(...) essa liberdade nem sempre ocorre de maneira completa, haja vista que, além das restrições impostas pelo Estado, há também as que emanam de instituições extra-estatais, como a moral, a eclesiástica, a racial, dentre outras. Não obstante, essas restrições impostas pela seara jurídica devem estar fundamentadas na promoção de outros bens jurídicos de uma elevada categoria hierárquica. Em conclusão, a liberdade jurídica consiste no poder de atuar com eficácia jurídica, ou seja, o poder que o indivíduo possui de produzir efeitos no campo do Direito.

Como já mencionado, um Estado Democrático de Direito, deve, além de assegurar formalmente tal princípio, propiciar condições para que este possa se concretizar. Assim sendo, as instituições políticas e jurídicas devem auxiliar as pessoas na busca por sua realização pessoal, não atribuindo dificuldades, mas sim, evitando que outras pessoas possam impor obstáculos para essa consolidação. É necessário assegurar um conjunto de prestações materiais que proporcionem uma vida digna e garantam a integridade física e moral dos indivíduos.

(...) não há justificativa para que se deixe à margem da nossa legislação as uniões homoafetivas, impedindo que as pessoas que constituem tais relações possam exercer a sua liberdade de escolher os companheiros com os quais desejam manter uma união de afeto e com animus de constituir família.¹⁰¹

O princípio da liberdade embora consagrado na Carta Constitucional, ainda não é visto, ainda é tratado como tal, afinal, muitas liberdades ainda são restringidas quer pelo Estado, quer pela sociedade que ainda se vincula a padrões estáticos de comportamentos “éticos e morais”, como se tudo que fosse contrário ao que é estabelecido então é necessariamente errado e deveria ser erradicado.

justica/news/260170/?noticia=HOMOAFETIVIDADE+E+O+DIREITO+A+DIFERENCA+I. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

¹⁰⁰ BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

¹⁰¹ Ibidem.

Pois bem, sendo o princípio da liberdade um princípio imanente da própria pessoa então não há que se retirar da pessoa o seu livre arbítrio em exercer qualquer que seja o tipo de liberdade que deseja ter revelada, ou seja, não se pode retirar do indivíduo um direito imanente a todo ser humano de exercer a sua própria vontade aonde e quando assim desejar qualquer pessoa.

Todavia, como vemos pelo trecho destacado acima, não é realmente isso que acontece; às relações homoafetivas não é dado o mesmo padrão de tratamento para exercício de sua liberdade de escolha da orientação sexual como os casais heterossexuais, pois, o que se impõe é que a pessoa seja naturalmente hetero e que se assim o for não é necessário falar ou discutir sua sexualidade, diferentemente dos casais homoafetivos que sempre que necessário têm que falar acerca de sua orientação sexual, pois, afinal, esta é diferente da outra imposta, ou seja, os heterossexuais possuem a livre manifestação da vontade para expressar em qualquer lugar sua sexualidade e os homoafetivos possuem a mesma livre manifestação de vontade? Podem estes manifestá-la em qualquer lugar ou é necessário lugares específicos para que possam ir sem serem incomodados? A resposta destas perguntas é a definição que a livre manifestação da vontade ou livre arbítrio não é tida na mesma proporção entre casais heteros e casais homoafetivos.

Se então o livre arbítrio não se dá na mesma proporção, então, podemos assim dizer que se não há liberdade de exercer a orientação sexual então também não se terá igualdade constitucional e conseqüentemente a dignidade humana estará violada.

Após esta breve reflexão acerca do princípio da liberdade, passamos agora a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Tratamos acima acerca do princípio da igualdade e suas peculiaridades; apresentamos argumentos que definiram que o mesmo embora exista formalmente, a sua força normativa não existe e não é respeitada. E é nesse contexto que passamos a tratar da dignidade da pessoa humana.

Nota histórica relata que o princípio da dignidade da pessoa humana provém do latim, *dignitas*, que significa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima.¹⁰²

O princípio da dignidade da pessoa humana não é somente um princípio, mas também um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, onde se baseia um Estado Democrático de Direito. Perante este princípio o Estado passou a respeitar as condições mínimas que um ser humano precisa para viver, passou a ver que a dignidade da pessoa não se exerce somente em dar saúde e educação, mas também em poder a pessoa exercer a sua honra, intimidade.

Apesar de ser um princípio relativamente recente, a dignidade da pessoa humana é ilustrado por diversos autores que ressaltam acerca da sua força normativa e sua abrangência não somente dentro do campo constitucional.

Acerca do tema, Alexandre de Moraes relata que:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse

¹⁰² LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho. As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Larissa_rev82.pdf. Acesso em 22 de abril de 2010.

fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰³

A dignidade da pessoa se revela no íntimo de cada pessoa, é um valor ético, moral, intransferível, inalienável, impenhorável. Podemos dizer que é um direito personalíssimo de cada pessoa que o exerce de acordo com suas convicções. Portanto, a dignidade não é apenas um princípio, é algo transcendental que não pertence ao Estado dizer como e quando pode ser exercido, cabendo somente ao ser humano e somente a este a livre escolha de suas decisões quanto à sua dignidade. Assim, sinteticamente, podemos dizer que a dignidade “(...) nasce com a pessoa. É lhe inata. Inerente à sua essência.”¹⁰⁴

Ensina Ingo Sarlet:

(...) a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podemos, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe e, cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹⁰⁵

Daí podemos dizer que este princípio não possui um sentido concreto¹⁰⁶, imutável, com características próprias, pelo contrário, este princípio nos traz a baila definições vagas, onde tudo é passível de aplicação deste princípio, ou seja, não há definitivamente que se falar em aplicação ou não deste princípio, pois, pelas

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 16.

¹⁰⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41-42.

¹⁰⁶ Neste mesmo sentido é o entendimento do autor Ingo Sarlet, exposta no livro *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Ver principalmente Capítulo 2, item 2.2.

relações humanas atuais, não haveria de se ter concorde imutabilidade, pois, afinal, nos dias de hoje, tudo atinge o referido princípio.

Por conseguinte, a evolução das instituições do Direito e com o evoluir das situações sociais e jurídicas, o princípio da dignidade da pessoa humana passou por diversos tabus, onde se averiguou a aplicabilidade deste princípio a novas situações surgidas no ordenamento, sendo possível a constatação da mutação de seu sentido amplo e não apenas de uma interpretação literal da norma.

Para relatarmos acerca da evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, devemos nos lembrar que nem sempre este princípio esteve presente entre nós. É um princípio recém chegado ao mundo jurídico – antes não havia tamanha dimensão jurídica até chegar a este status, ocasionando muita divergência nessa luta - sua aplicação dentro do âmbito da normatividade deu-se devido a fatos sociais e políticos que passamos a transcrever sucintamente.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Não nos remeteremos aqui a fundo acerca da historicidade da dignidade da pessoa humana; o que delongaria em várias discussões que não são o cunho deste trabalho; para tanto transcreveremos alguns trechos da historicidade do referido princípio.

“Atribui-se ao pensamento estóico e ao cristianismo os primeiros registros do tema. Segundo os estóicos, a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a idéia ganha grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano, este ser, na concepção cristã, foi criado à imagem e semelhança de Deus. Ora, violar a dignidade da criatura seria, em última análise, violação à vontade do próprio Criador. Esta a mensagem cristã que foi posteriormente deturpada a partir do momento em que o poder político passa a influenciar a igreja, que cria teses justificadoras de uma série de abusos e violações, notadamente para justificar a escravidão. Durante o período da Idade Média, Tomás de Aquino é o principal pensador a dedicar-se ao estudo e desenvolvimento do tema.

Na Idade Moderna, Pico Della Mirandola, com a sua oratio hominis dignitate desenvolve o princípio, sendo pioneiro ao dar-lhe justificação fora da teologia.

Outro pensador desta fase (Séc. XVI) é o espanhol Francisco de Vitória, que defendeu a existência dedignidade em todos os seres humanos. Suas teses tiveram enorme repercussão, tendo em vista que contrariaram a política de escravização de índios então praticada pela Coroa Espanhola.

Nos Séculos XVII e XVIII, dois pensadores se destacam: Samuel Pufendorf, que entende ser dever de todos, mesmo do monarca, respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como seu direito de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção. Já Imanuel Kant, talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. As coisas, que podem se trocadas por algo equivalente, têm preço; as pessoas, dignidade.

Com os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento Kantiano ressurgiu com extrema vitalidade, uma vez que se verificou, na prática, quais são as conseqüências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca da Era Vargas, o país envidou-se em um sentimento de total insatisfação com os preceitos ali postos; esta Constituição retirou dos brasileiros direitos e prerrogativas antes garantidos, direitos estes fundamentais que foram ignorados. A promulgação desta Constituição, em 10 de novembro de 1937, foi feita no mesmo dia em que, por meio de um golpe de Estado, era implantada no país a ditadura do Estado Novo¹⁰⁸, que só veio a ser destituída no ano de 1945, com a queda de Getúlio Vargas.

No continente europeu, não muito diferente, mas em pior situação, encontravam-se àqueles que eram perseguidos pelos nazistas. Na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, Adolf Hitler comandou a era mais triste conhecida mundialmente, como nazismo¹⁰⁹. Milhares de judeus, negros foram perseguidos,

políticos, sejam econômicos.” In: BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil: Breves Reflexões*. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2010.

¹⁰⁸ “A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos fascizantes de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Aos interventores, por seu turno, cabia nomear as autoridades municipais. A intervenção estatal na economia, tendência que na verdade vinha desde 1930, ganhava força com a criação de órgãos técnicos voltados para esse fim. Ganhava destaque também o estímulo à organização sindical em moldes corporativos, uma das influências mais evidentes dos regimes fascistas então em vigor. Nesse mesmo sentido, o Parlamento e os partidos políticos, considerados produtos espúrios da democracia liberal, eram descartados. A Constituição previa a convocação de uma câmara corporativa com poderes legislativos, o que no entanto jamais aconteceu. A própria vigência da Constituição, segundo o seu artigo 187, dependeria da realização de um plebiscito que a referendasse, o que também jamais foi feito. Após a queda de Vargas e o fim do Estado Novo em outubro de 1945, foram realizadas eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, em pleito paralelo à eleição presidencial. Eleita a Constituinte, seus membros se reuniram para elaborar o novo texto constitucional, que entrou em vigor a partir de setembro de 1946, substituindo a Carta de 1937”. Disponível em: <http://constitucional1.blogspot.com/2008/09/polaca.html>. Acesso em 22 de abril de 2010.

¹⁰⁹ Foi a partir da crise política e econômica que cobria a Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, que instalou-se o nazismo comandado por Adolf Hitler. Neste sentido ver: “A partir do final da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha mergulhou em uma crise econômica agravada ainda mais pelas enormes indenizações impostas pelo Tratado de Versalhes e pela ocupação do vale do Ruhr por França e Bélgica. O marco alemão desaba e consegue se estabilizar somente em novembro de 1923, quando sua cotação atinge 4,6 bilhões de marcos para US\$ 1. A hiperinflação tem efeito devastador sobre a economia, desorganizando a produção e o comércio. Em 1931, há 4 milhões de desempregados, quase 30 mil falências e a produção cai em todos os setores. No plano político, a situação também era grave, pois vários golpes de direita e esquerda se sucederam, todos

maltratados, torturados e mortos em campos de concentração. A explicação para tamanha perseguição: a nosso ver não há. Perseguições infundadas só fizeram surgir no povo alemão e demais povos de outros continentes, o repúdio àqueles que os perseguiram.¹¹⁰

Mas foi com a Segunda Guerra Mundial que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou sua maior expressividade, podemos dizer que este fato histórico foi o marco para que se instalasse no mundo o sentido da dignidade da pessoa humana como princípio de um Estado Democrático.

Por conseguinte, como efeito contra às barbáries do nazismo, do fascismo e pós-guerra, diversos países trataram de consolidar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo de um Estado. Assim,

a reação à barbárie do nazismo e o dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países trataram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (...), juridicizando com estatuta constitucional o tema.¹¹¹

Como se não bastasse o período de repressão que se instalou a partir do ano de 1964, com a promulgação do famigerado Ato Institucional nº 01 e em 1969 com a promulgação do Ato Institucional nº 05¹¹², retirou de vez, naquela época,

fracassados. A crise econômica mundial de 1929 permitiu a ascensão ao poder do líder do partido Nazista, Adolf Hitler.”. Disponível em: <http://boozers.fortunecity.com/upsidedown/162/nazismo.html>. Acesso em: 22 de abril de 2010.

¹¹⁰ Conhecido como Führer (guia, condutor), Adolf Hitler lançou mão de uma propaganda sedutora e de violência policial para implantar a mais cruel ditadura que a humanidade já conheceu. A propaganda era dirigida por Joseph Goebbels, doutor em Humanidades e responsável pelo Ministério da Educação do Povo e da Propaganda. Esse órgão era encarregado de manter um rígido controle sobre os meios de comunicação, escolas e universidades e de produzir discursos, hinos, símbolos, saudações e palavras de ordem nazista. Já a violência policial esteve sob o comando de Heinrich Himmler, um racista extremado que se utilizava da SS (tropas de elite), das SA (tropas de choque) e da Gestapo (polícia secreta de Estado) para prender, torturar e eliminar os inimigos do nazismo. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiag/nazismo.htm>. Acesso em 22 de abril de 2010.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108-110.

¹¹² A título de exemplo citamos os seguintes artigos:

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

todos os direitos dos brasileiros. Essa época conhecida como ditadura militar, foi o período que perdurou de 1964 a 1988.

Direitos básicos do ser humano eram proibidos, como o simples ato de falar, pensar e refletir eram atos abomináveis, expor idéias era arriscado, podendo levar a prisão; na realidade até a luta pela redemocratização em 1979, muitos brasileiros ficaram de fora do âmbito do exercício de seus próprios direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana que não era exercida, simplesmente foi banida e banalizada, nesta época sombria, através do regime de exceção, a dignidade não era norma-princípio constitucional e nem podia ser, afinal ter dignidade era sinônimo de ser subversivo.

Enfim, somente com a Constituição pátria de 1988, o Estado brasileiro voltou a ter ares de esperança, com a definição do regime democrático e o fim da era militar.

A Constituição de 1988 foi a primeira Constituição pátria a instituir o princípio da dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais e ainda como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Com a nova ordem constitucional a dignidade da pessoa humana tornou-se um princípio constitucional, de status superior aos demais princípios da ordem infraconstitucional, trouxe em sua bagagem fatos históricos que foram relevantes que ensinaram ao mundo o valor da dignidade. A dignidade “(...) surgiu repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica.”¹¹³

Portanto,

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. Disponível em: http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm. Acesso em 22 de abril de 2010.

¹¹³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.¹¹⁴

Já no plano internacional, a dignidade da pessoa humana ganhou maior expressividade com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) em 1948. Assim, a normatividade e expressividade deste princípio é relativamente recente.¹¹⁵

O constituinte da Carta Constitucional procurou construir um princípio que pudesse valer como alicerce de todos os outros princípios e normas constitucionais; procurou abranger da forma mais ampla possível, situações que nem mesmo ali estavam postas, mas em algum dado momento social, poderia aplicar-se, sem prejuízo de interpretação, dando a total eficácia a situações que ainda viriam a ser regulamentadas no ordenamento, dando assim, hoje o que se chama de eficácia horizontal às situações que não são regulamentadas, mas dependem da interpretação axiológica de referido princípio para terem eficácia, e não existência, pois, uma dada situação social não precisa, a nosso ver, de norma complementar regulamentadora para ter existência no plano da eficácia jurídica, ou seja, a partir do momento que dada situação passa a se dar no ordenamento, passa a ter, de certa forma, eficácia social, podendo a vir, dependendo da situação, a ter eficácia jurídica, pela aplicação dos princípios ali ora postos.¹¹⁶

¹¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32229/31455>. Acesso em 22 de abril de 2010.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 44-45.

¹¹⁶ MINARDI, Fábio Freitas. *Direitos fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e a Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Unibrazil. Disponível em: http://www.unicuritiba.com.br/webmkt/mestrado/livros/2009/anexo8_direitos.pdf. Acesso em: 11 de maio de 2010.

Muitas garantias¹¹⁷ foram colocadas no texto da Constituição Federal, contudo, muitas até hoje, mesmo possuindo eficácia plena, não possuem regulamentação, o que acarreta uma dificuldade no plano da exigência das prerrogativas que nos foram conferidas pelo texto constitucional.

O fundamento da dignidade da pessoa humana, não está inserido somente e explicitamente no artigo 1º da CF, mas também está implicitamente garantido por vários institutos da mesma ordem¹¹⁸.

Hoje, a dignidade da pessoa humana é tida como a norma-princípio fundamental no sentido valorativo de toda a CF/88. Também não é para menos, a incidência em que se pode abranger tal princípio é a maior no sentido de aplicabilidade a outros preceitos fundamentais.

Muitas são as indagações que surgem para saber se dada situação pode ou não ser incluída dentro do âmbito de incidência da dignidade da pessoa humana. Não há critérios ou requisitos, para que se possa dizer que situação “A” aplica-se, pois, atende ao requisito “X” do princípio constitucional e situação “B” não se aplica, pois, não atende a forma “Y” de aplicação.

O legislador ordinário não pôs e nem poderia colocar critérios para que se pudesse valorar através de preceitos o que se pode e o que não se pode considerar de incidência e abrangência da norma constitucional.

O que pretendeu o legislador foi incidir a aplicabilidade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a toda e qualquer relação a que com ela seja compatível.

Então o que hoje se pode dizer com toda a certeza é que a dignidade da pessoa humana é uma norma-princípio fundamental que foi posta na Constituição

¹¹⁷ Exemplificando citamos o art. 5º, incisos; XXII, XLIX e LXXVIII, CF/88.

¹¹⁸ Exemplificando citamos os artigos 6º, 7º, incisos IV, XIII, XX, XXIV, XXX e XXXI, CF/88.

como forma de garantir o seu pleno exercício por parte dos que desta norma dependem.

Ensina Ana Paula de Barcellos:

Ora, a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários, pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. Além disso, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto. Assim, do ponto de vista da lógica que rege a eficácia jurídica em geral, a modalidade que deve acompanhar as normas que cuidam da dignidade humana é positiva ou simétrica.¹¹⁹

Este princípio pode (e é) ser considerado como cláusula geral da tutela jurídica dos direitos iminentes ao homem.

A dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.¹²⁰

A dignidade da pessoa humana é um conceito que foi surgindo, sendo elaborado aos poucos, não foi algo que foi criado do nada.

E é por esta razão que a dignidade foi posta no campo do saber jurídico, a fim de que se pudesse dar um norte nas diversas concepções que houveram sobre o tema, bem como, ser a ciência do Direito “(...) estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana.”¹²¹

Entre as situações hoje que são postas, são as relações homoafetivas que muito se questiona sobre a sua existência e eficácia no âmbito do ordenamento jurídico, que é o que passamos a discutir a partir de agora.

¹¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 203.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a justiça*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 55.

¹²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

O princípio da dignidade da pessoa humana está entrelaçado com a situação das relações entre pessoas do mesmo sexo, afinal, embora não escrito explicitamente na Constituição Federal de 1988, o constituinte pretendeu abarcar à dignidade da pessoa humana todas as situações que com ela fosse compatíveis e merecedoras de sua atenção.

A dignidade humana não pode ser negada por um Estado, nem mesmo pode ser negada a sua existência, devendo o Estado envidar esforços para que garanta o seu exercício de forma plena, sob pena de violação de não somente um direito constitucional-humano, mas também a honra subjetiva da pessoa.

É nesse sentido que se baseiam as discriminações por orientação sexual, haja vista que, não pode haver por parte do constituinte ou do legislador qualquer ato ou fato que faça presumir discriminação em virtude do sexo ou da orientação sexual da pessoa, já que estas estão intimamente ligadas ao exercício da dignidade de cada pessoa, em outras palavras, a uma pessoa não pode ser negado o exercício de sua dignidade tão e somente devido a escolha de seu livre arbítrio em relacionar-se com uma pessoa do mesmo sexo que o seu.

Portanto, a discriminação baseada no sexo ou na orientação sexual da pessoa atingem de forma direta a dignidade da pessoa humana, sendo que não há esforços contrários para que tão situação não fosse tão corrente.

O que se averigua atualmente, é que não há nenhum esforço do Poder Público, com exceção de alguns órgãos, em dispor de sua força para fazer cessar o abuso de direito decorrente da discriminação fundada em orientação sexual.

O princípio da dignidade da pessoa humana possuindo a força normativa que tem hoje é a base do fundamento para que não haja discriminações infundadas nem tratamentos diferenciados em relação às uniões homoafetivas. Portanto, este princípio deve (ou deveria) obrigar o Poder Público ao cumprimento de suas obrigações mais fundamentais, pois, nada mais natural que efetivar uma competência que lhe foi conferida.

Em vista disso, devemos nos remeter ao raciocínio que o legislador constituinte de 1988, ao dispor a respeito da dignidade da pessoa humana, não o quis colocá-lo apenas como uma letra fria e morta, mas sim, garantir que todas as pessoas pudessem exercê-lo sem influência do Estado, ou seja, este princípio serve como base para os limites impostos contra a atuação do Estado, que não pode adentrar em seu núcleo essencial, não pode dispor acerca de um direito subjetivo e personalíssimo do ser humano. Podemos assim dizer que o princípio da dignidade humana é um limitador estatal, cabendo ao Estado, tão somente o dever de prestá-lo sem invadi-lo.

Neste sentido, depreende-se sobre o assunto o professor Ingo Sarlet que justifica:

(...) a dignidade da pessoa humana é tanto um limite para a atuação estatal, que não pode invadi-la, quanto um dever prestacional do Estado, que deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que todas as pessoas humanas tenham uma dignidade respeitada por toda a coletividade.¹²²

A respeito da constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, trazemos a baila ensinamentos da professora Flávia Piovesan, citando a Ministra Cármen Lúcia:

Por tamanha envergadura, afirma-se, no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada que 'o princípio constitucional que é, o respeito a dignidade humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental pelo tudo que o contrarie é juridicamente nulo.'¹²³

Não é demais lembrar que, ao se discriminar uma pessoa por ela se relacionar com uma pessoa do mesmo sexo que o seu, não se está a negar somente o direito de uma pessoa exercer seu direito fundamental de escolha, mas também está a se negar a dignidade e a igualdade de direitos perante a lei e a sociedade. O Direito não é o instituto jurídico capaz de balizar a vida em sociedade,

¹²² *Apud*, VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 152.

¹²³ *Apud*, PIOVESAN, Flávia. *Tema de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

vida esta que deve ser digna, sendo que se não há o reconhecimento do Estado de tais relações não se pode dizer que se esta a viver uma vida digna.

O desrespeito da dignidade fundada na opinião da sociedade está enraizado em diversos motivos, entre os principais encontram-se os motivos religiosos, morais e culturais, o que impossibilita de certa forma, a acabar com o preconceito existente.

Maria Berenice Dias relata em seu livro *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*¹²⁴, que “O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente.” Citando o autor Jurandir Costa Freire, a autora ainda nos conta que “O conceito de normal versus anormal decorre da sacralização da família, formação social historicamente associada a casamento e filhos, supondo sempre uma relação heterossexual.”¹²⁵

Pelas citações acima, a autora nos leva a refletir que tudo o que já está pré-estabelecido é que mede a conduta, o modo de agir e de pensar, e o que não decorre de um costume obsoleto e que não está nos padrões sociais “corretamente” aceitáveis encontra restrição e preconceito.

A situação nos remete ao ensinamento da idéia kantiana acerca da dignidade humana, qual seja, o homem é um fim em si mesmo e como tal não pode ser tratado como mero objeto do Estado, tanto é que, a dignidade da pessoa humana não pode e (e nem deve) ser tratada como pressuposto básico de um Estado que não consegue entender o sentido da expressão “dignidade humana”.¹²⁶

Portanto, segundo os fundamentos categóricos de Kant, a dignidade humana possui duas vertentes, a saber: a) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; b) todos os

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

¹²⁵ *Apud*, ibidem, p. 28.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 643.

projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”, não podendo ser menosprezados pelo Estado. Desta forma, qualquer violação advinda destas duas vertentes de entendimento, e de acordo com o caso em tela, o não reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo enseja violação do núcleo essencial da dignidade humana.¹²⁷

Assim, podemos concluir que o princípio constitucional da dignidade humana aplica-se indistintamente às relações homoafetivas, já que a correlação existente entre o princípio da dignidade e o princípio da igualdade e sua eficácia dentro dos direitos humanos no âmbito internacional proíbe qualquer tratamento diferenciado com relação à orientação sexual das pessoas.

Desta forma podemos dizer que o princípio da igualdade é indissociável da dignidade da pessoa humana e vice-versa, contudo, enquanto a dignidade é total, não podendo ser restringida, a liberdade, de acordo com a situação pode ser restringida, porquanto podemos dizer que a vinculação é mútua, conquanto não na mesma abrangência. Assim:

Não se pode entender a dignidade sem a liberdade. Apesar de sua conexão mútua, não é possível identificar estas duas noções. A pessoa é digna porquanto é livre. Mas não existe a dependência no sentido contrário. A dignidade é total. No caso de colisão, por exemplo, com a liberdade de expressão, deve-se sempre dar primazia ao respeito da dignidade. Isso pode levar à limitação, p.ex., da liberdade de expressão. Também os direitos individuais podem ser restringidos no caso de choque com a dignidade. E mais, a natureza incondicional da dignidade da pessoa humana pressupõe que ela mesma possa restringir a livre vontade do homem.¹²⁸

Outrora, não somente é infundada a discriminação baseada na orientação sexual; o ato de discriminação é algo que surge a partir de preceitos que se baseiam em desconhecimento da realidade, ou até mesmo por influência de familiares,

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

¹²⁸ COMPLAK, Krystian. *Cinco teses da dignidade da pessoa humana como conceito jurídico*. Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em: www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972961.PDF. Acesso em: 23 de abril de 2010.

podemos até mesmo citar a título de exemplo, as pessoas homossexuais que não se revelam devido ao preconceito de sua família, vivem do modo que a família acha que é melhor, rompendo deste modo, o elo com a sua própria dignidade.

Isso ainda acontece na maioria das famílias brasileiras, que muitas vezes preferem negar o filho e colocá-lo para fora de casa, do que o reconhecer como homossexual e apoiá-lo.

Portanto, devemos isso ao vasto entendimento que a sociedade tem a respeito de família, sendo, entendimento unânime, que esta somente se refere ao homem, a mulher e os filhos, consistindo o casamento no único ato de procriação, ou seja, o que se tem hoje é um molde de projeto pré-determinado pelo Estado e pela sociedade que revela o não reconhecimento das relações homoafetivas.

Por conseguinte o não reconhecimento por parte do Estado nos revela um mal-disfarçado¹²⁹, subordinando as escolhas das pessoas aos ditames de uma lei que rege que “acha” o que é certo e melhor para a convivência em sociedade, o que é completamente indissociável com a idéia de dignidade humana.

Reger as relações sociais, quaisquer que sejam seu âmbito de abrangência, e negar a pessoa o exercício de seu livre arbítrio, é acabar com o Estado Democrático de Direito, remodelando a época da repressão sobre as escolhas das pessoas. De certa forma, o que vivemos hoje, é uma democracia “disfarçada”, onde não há ampla liberdade de exercício dos direitos que foram, “em tese”, colacionados na Carta de 1988.

Seguindo o raciocínio de um (in) fundado Estado Democrático de Direito, a negação de reconhecimento das relações homoafetivas pode ensejar no entendimento de que estas relações não possuem por parte do Estado qualquer

¹²⁹ Daniel Sarmiento relata que à negação do reconhecimento jurídico das relações homoafetivas insurge-se em um mal-disfarçado, onde as pessoas não podem arbitrar suas próprias escolhas. In: SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 643.

reconhecimento valorativo que possa insurgir em tratamento igualitário com as relações heterossexuais, em outras palavras, para o Estado chega a ser tão “repulsivo” tratar do tema que estas relações nem mesmo chegam a ter merecimento de respaldo legal por parte do mesmo.

Em vista disso, o possível reconhecimento por parte do Estado ensejaria em um reconhecimento unicamente jurídico, onde seria possível tratar igualmente as situações equivalentes, contudo, reconhecer não significa que o Estado vá a declarar a existência de tais relações; pelo contrário, tais relações já existem no plano dos fatos, no plano fático-social e deste plano situacional não pode o Estado adentrar, haja vista que, não compete a este dizer o que existe e o que não existe; a este cabe, dentro de suas prerrogativas, regular e reconhecer no plano jurídico essas situações.

Portanto, as relações homoafetivas já são fatos sociais e em vertente disso não podem simplesmente desaparecer por um ato de Estado. O não reconhecimento por parte deste não significa que estas relações não existam ou vão deixar de existir a partir de ato regulamentador.

Esta negação de reconhecimento por parte do Estado, além de negar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, nega às uniões homoafetivas diversos direitos que são garantidos às relações heterossexuais. Em vista disso, a negação por parte do Estado enseja em duplo prejuízo, revela um *bis in idem*, o que também é proibido pela Constituição, já que não se pode punir a mesma pessoa, pelo mesmo fato, mais de uma vez.

Nesta esteira, o *bis in idem* pode insurgir tanto quanto ao fato de o próprio Poder Estatal negar o reconhecimento das relações homoafetivas, não fazendo que estas sejam merecedoras de iguais direitos, que não possuam prerrogativas legais próprias, como também, refere-se ao fato que esta negação pode levar ao surgimento de uma nova concepção de democracia que nega a dignidade humana àqueles que o Estado convir que não sejam merecedores de reconhecimento.

Em vista disso, podemos dizer que o não reconhecimento das relações homoafetivas gera uma violação do próprio núcleo essencial da dignidade humana, pois, o ser humano, independente de sua orientação sexual, é merecedor e garantidor da proteção de sua dignidade no âmbito jurídico e social, pois, “(...) como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.”¹³⁰

Deste modo podemos dizer que somente as relações heterossexuais são passíveis de atenção estatal, ou seja, somente aquele indivíduo voltado para aquele modelo familiar padrão é visto pela sociedade como merecedor de todos os direitos e proteção do Estado e da sociedade, vivendo sob a ótica moral e “civilizada”. Nesse sentido,

As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.¹³¹

Contudo, o Estado ao estar reconhecendo a dignidade humana à uma pessoa homossexual, não estará prejudicando preceitos éticos ou morais¹³²; exercerá sua competência e dará um direito a quem dele necessita; garantirá o mínimo existencial¹³³ de um ser humano. Relembremos neste ponto que a dignidade não é conceito material de princípio, mas sim, consubstancia-se em um direito subjetivo.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 644.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

¹³² Partimos do ponto em que o Estado não possui qualquer tipo de vinculação, qualquer que seja sua natureza, com fundamentos religiosos, haja vista, que o preâmbulo da Constituição ressalta acerca da laicidade estatal.

¹³³ Mínimo existencial não como garantia de direitos econômicos e sociais, mas como, garantia do mínimo subjetivo de cada pessoa – a honra.

Garantir a dignidade da pessoa humana é o mínimo que o Estado pode fazer e oferecer, afinal, todos os princípios e garantias constitucionais baseiam-se em pressupostos de um Estado Democrático de Direito, onde deve ser concedido por parte da atuação estatal condições materiais mínimas para que cada ser humano exerça sua dignidade. Quando se reconhece a dignidade não está a se reconhecer somente esta, está a se garantir o direito que cada ser humano tem em escolher como será feliz, escolher o modo como e quando e com quem poderá viver de maneira que lhe proporcione uma vida repleta de felicidade.

Neste ponto também não podemos nos deixar de referir, em breves notas, que o reconhecimento das uniões homoafetivas também enseja o reconhecimento ao respeito, pois este está intimamente ligado à noção da subjetividade da honra e dignidade humana; a intangibilidade entre o respeito e a dignidade do ser humano revela-se ao comando universal da igualdade.

Neste sentido, Ana Carla Harmatiuk Matos¹³⁴ corrobora nosso entendimento ao relatar que:

Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.

Baseados nos argumentos acima propostos, evidenciamos que a dignidade da pessoa humana é intangível e não pode ser retirada de nenhum ser humano, por se tratar de um direito personalíssimo e por isso, não pode haver por parte do Estado regulamentações que reneguem o seu exercício.

A dignidade humana é de tão tamanha abrangência que não possui em seu substrato normativo, pré-requisitos de aplicação, impondo que a determinadas situações se aplicam porque atendem ao requisito “X” e demais situações não se

¹³⁴ Apud, BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

aplicam porque não atendem ao requisito “Y”, pelo contrário, o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado indistintamente a todas às situações que com ela sejam compatíveis. Assim, é completamente viável concluirmos que as relações homoafetivas também são abrangidas pelo referido princípio.

Partindo desse entendimento, o que nos ressalta visivelmente é que o princípio da dignidade da pessoa humana é o que deve ser e não que se acha que deve ser, sendo que não pode o Estado não garantir direitos a alguns e não reconhecer a outros, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana é garantido às relações homoafetivas pelo simples fato de que são seres humanos racionais; e como o próprio princípio diz “pessoa humana”, não há razão para que não haja aplicação e reconhecimento deste princípio quando de se tratar de tais relações.

Embora haja concretização jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, a CF/88 ainda não é hábil para combater às dificuldades surgidas com a evolução das instituições jurídicas, em outras palavras, a evolução da sociedade faz surgir novas necessidades materiais, sendo que o Estado mesmo dispondo de diversos direitos, não consegue regular todos estes pelo processo legislativo atual.

A partir destes apontamos, e já que em linhas gerais tratamos dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, passamos agora a tratar do assunto referente a efetividade e aplicabilidade normativa dos referidos princípios.

2.3 Efetividade e aplicabilidade dos princípios constitucionais e abrangência de tratamento

Após tratarmos dos parâmetros gerais dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, passamos a estudar a efetividade e a abrangência de

aplicabilidade de tratamento de ambos os princípios a partir do estudo da célula tronco de todos os princípios constitucionais: o núcleo essencial.

Mas antes trataremos sobre alguns aspectos da efetividade e aplicabilidade dos princípios constitucionais em geral.

Embora os princípios constitucionais estejam dispostos na Carta Constitucional, não são somente como princípios, mas também como direitos fundamentais de todos os cidadãos, àqueles direitos ou normas-princípios não possuem grande aplicabilidade no campo dos fatos. Se não vejamos.

Enraizado na cultura do ordenamento jurídico brasileiro, o positivismo é considerado a matriz de aplicação de todas as situações de direito que são oferecidas perante o Judiciário, assim, se um determinado caso é oferecido por um advogado e não há norma regulamentadora sobre o fato, deve-se arguir o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõe que o juiz na falta de norma que trate sobre o caso deve trazer para a interpretação do caso a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito. Contudo, não é desta maneira que acontece; embora esteja assim no Código Civil, o que vemos diante do Judiciário, são decisões que simplesmente denegam um direito sob o fato da ausência de norma regulamentadora.

Daí vemos que o problema é bem maior do que parece, porque não somente se refere ao caso se de aplicar ou não, não é o caso somente de uma simples análise de analogia e princípios; é uma violência decorrente do aplicador do direito, pois este, não somente deixa de aplicar os princípios constitucionais, mas também, não se recorre dos instrumentos legais para aplicar a lei ao caso concreto quando houver ausência de norma a respeito do caso.

Portanto, a violação não somente se insere dentro da Constituição, ela advém da própria falta de aplicação obrigatória dos instrumentos jurídicos que são colocados na lei.

O que se fazer então nesse caso? A quem recorrer, se quem devesse dar o direito a quem o pleiteia, o denega sem justificativa?

Estas indagações não se referem somente ao campo do direito, mas também, referem-se à um culturalismo jurídico baseado tão somente na norma, sendo que o que se estiver fora dela não é carecedor de atenção do Estado.

Na tentativa de retirar este dogmatismo positivista do Judiciário brasileiro, novas formas de interpretação foram sendo criadas¹³⁵, a fim de que melhor se amoldassem as situações que fossem surgindo, com as normas rígidas da Constituição Federal. Esta atitude foi tomada, pois, em melhor análise, e diante do sistema de normas rígidas de nossa Constituição, seria mais eficiente ter novos conceitos interpretativos do que mudar a Constituição ou aprovar normas sobre o assunto debatido.

Podemos assim dizer que a nova interpretação constitucional, deu-se a partir do momento em que se verificou que a rigidez das normas não estavam sendo eficazes para solucionar os novos casos que estavam sendo postos no ordenamento jurídico. Nesse sentido:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – trazem sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais decidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.¹³⁶

Estas mudanças, a nosso ver, não devem somente referir-se a quem está inserido dentro do Poder Judiciário, mas devem ser inseridos, no mesmo sentido,

¹³⁵ Ver BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332.

nos cursos jurídicos, a fim de que se retire a antiga idéia que o fato somente se amolda à lei, quando há uma lei para tal.

Assim, a efetividade de uma norma-princípio não é somente dizer o direito ao caso concreto, mas fazer com que a norma seja aplicada e efetiva àquelas determinadas situações em que o legislador, embora omissivo, de certa forma, quis que àquela norma se aplicasse ao caso.

Portanto, não podemos dizer que uma norma é efetiva simplesmente por estar inserida dentro da Constituição; a norma para ter efetividade precisa ter eficácia social e jurídica, ou seja, a partir de uma aplicação reiterada tornar-se-ia efetiva.

Contudo, devemos nos lembrar que norma jurídica não passa somente pelo campo da efetividade, a norma ou o princípio deve, antes de tudo, existir, vigorar e depois ter eficácia¹³⁷, assim uma norma pode ter vigência e existir e não ter eficácia/efetividade alguma, como é o caso das normas-princípios em estudo.

Desta forma, embora estejam presentes dentro da Constituição, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana não possuem uma efetividade social que pudesse considerar ampla e irrestrita. Fato disso, pode ser o desconhecimento por parte de grande parte da sociedade que embora precise que os princípios constitucionais sejam efetivos, não sabem como e onde procurar ou até muitas vezes não acreditam que o Poder Judiciário vá resolver o caso.

Também devemos este fato ainda à associação que o Judiciário tem com o dogmatismo do positivismo da norma pura e seca¹³⁸, pois, o que vemos muitas vezes são aplicadores do direito que se negam a aceitar as mudanças das

¹³⁷CARRION, Eduardo. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: [http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade dos direitos fundamentais.pdf#search=%22a%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais%22](http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf#search=%22a%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais%22). Acesso em: 26 de abril de 2010.

¹³⁸Neste sentido, o autor Manoel Messias Peixinho descreve que: “*A interpretação tradicional tem como objeto o texto das normas jurídicas formalmente prescritas.*” In: PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovadora*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 71.

instituições do Direito, deixando de aplicar os institutos integradores que a lei dispõe.¹³⁹

Por conseguinte também podemos dizer que os problemas advindos do dogmatismo do positivismo de alguns aplicadores do direito, podem advir da variação de interpretações de acordo com cada ramo do direito, o que acarreta ainda mais um empecilho a uma unificação da interpretação constitucional. Acompanhando o entendimento do professor Carlos Maximiliano, este ressalta em seu livro *Hermética e Aplicação do Direito*¹⁴⁰ que:

A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e freqüentes.

Portanto, podemos ver que até mesmo a quantidade de ramos e institutos diferentes do direito não são motivos para que não se interprete a norma de acordo com cada caso e não isoladamente, pura e simplesmente a letra fria que se opõe tão e somente a um determinado caso.

A aplicação de normas e princípios não é somente um dever-fazer (dever de competência), mas também um dever social, já que a norma não carrega dentro de si somente valores normativos, mas valores sociais e éticos que sem os quais a

¹³⁹ Os institutos integradores a que nos referimos são a analogia e a equidade. Optamos por não utilizar a fonte integradora do costume, pois, adviriam questões sociológicas que apresentam foco diverso do apresentado no presente trabalho. No caso dos aplicadores do direito que ainda e somente se adéquam ao positivismo citamos o autor do artigo Uniões homoafetivas: reflexões jurídicas, Thiago Hauptmann, que desconsidera de todas as formas que se possa haver reconhecimento das uniões homoafetivas por parte do Estado, pelo simples e único motivo de não estar expresso no texto constitucional e no texto do Código Civil, o que a nosso ver, é completamente dissociável das linhas de interpretação hermenêutica adotadas, o que nos parece é que o autor desconhece as noções apreendidas no curso de Direito, quando se apresenta as primeiras linhas da introdução ao Direito. Ao autor, deixamos nosso desacordo com a opinião apresentada no artigo, e da mesma forma, para aqueles que não se vinculam a mera interpretação positivista da norma, não recomendamos a leitura do artigo. Texto do autor disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>. Acesso em: 26 de abril de 2010.

¹⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 247.

norma não haveria de existir, pois, uma norma ou princípio sem qualquer valor de aplicação perante a sociedade não haveria de ter necessidade de existir.

Desta forma, a lei e ainda mais a Constituição estão inseridas dentro do ordenamento jurídico no sentido de implementar a dignidade e a igualdade dentro do meio social¹⁴¹ e portanto não há motivos para que se deixe de aplicar os preceitos estipulados por elas.

Feita tais considerações passamos ao estudo do núcleo essencial dos princípios constitucionais.

2.3.1 Análise do núcleo essencial e as violações decorrentes de atos omissivos

Ao falarmos de direitos e princípios fundamentais constitucionais¹⁴² sempre nos vêm à idéia de que estes são intangíveis pelo simples fato de estarem na Constituição, contudo, esta premissa é parcialmente incorreta ou incompleta.

Quando falamos em direitos e princípios fundamentais, estamos a falar em direitos de todos que devem ser obedecidos não somente porque estão na Constituição, mas também, pela estrutura de seu núcleo essencial que ressalta que deve ser garantida, ao menos, uma parcela do direito, para que este possa ter um mínimo de eficácia e existência no texto constitucional.

¹⁴¹ O entendimento da dignidade como valor social é do autor Rizzatto Nunes. In: NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

¹⁴² O tema do núcleo essencial é encontrado na doutrina para tratamento dos direitos fundamentais, contudo, por analogia, aqui será tratado no tema dos princípios fundamentais, haja vista, que os princípios aqui tratados, ao nosso ver, e como já demonstrado, além de princípios fundamentais, também são considerados como direitos fundamentais individuais constitucionais.

O núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais constituem parcela última de defesa, ou seja, garante que ao menos parte de uma determinada parcela de um princípio seja garantido conforme a norma regente.

Conforme nos ensina J. Gomes Canotilho, o núcleo essencial dos direitos e princípios fundamentais é o “(...) reduto último de defesa (...)”¹⁴³. Desta forma, não se pode chegar ao ponto de se ter em uma norma constitucional um princípio que não possui, ao menos, a garantia de prestação de seu núcleo essencial.

Em uma visão mais aprofundada¹⁴⁴, podemos dizer que o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais é uma espécie de direito subjetivo que garante uma atuação para que este seja reconhecido de forma a evidenciar sua existência dentro do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o princípio fundamental possui, além de sua grandiosidade em face das outras formas de integração normativa¹⁴⁵, uma essencialidade precisa, que se mostra necessária no caso de desobediência da sua parte estruturante.

Peter Habermas¹⁴⁶ ao tratar sobre o tema do núcleo essencial dos direitos fundamentais, correlaciona este tema aos “os limites essenciais ou imanentes” dos direitos e princípios fundamentais, destacando que:

Los limites de los ‘principios generales’ son los limites esenciales de los derechos fundamentales. A la inversa, la reserva de los principios generales es imanescente a los derechos fundamentales. Ello significa, de um lado, que los limites esenciales admisibles, puestos a los derechos fundamentales,

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina. p. 518.

¹⁴⁴ Neste sentido, citamos, decisão do Tribunal Constitucional espanhol, citado pela autora Cláudia Perotto Biagi: *Constituem o conteúdo de um direito subjetivo aquelas faculdades ou possibilidades de atuação necessárias para que o direito seja reconhecível como pertinente ao tipo descrito e se as quais deixa de pertencer a esse tipo e passa a ficar compreendido em outro, desnaturalizando-se por assim dizer. (...) Pode-se, então, falar de uma essencialidade do conteúdo do direito para fazer referência àquela parte do conteúdo do direito que é absolutamente necessária para que os interesses juridicamente protegidos, que dão vida ao direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos.* In: BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 87.

¹⁴⁵ Analogia, costumes, equidade, princípios gerais de Direito.

¹⁴⁶ HABERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado constitucional*. Pontificia Univesidad Catolica del Peru. Escuela de Graduados: MASTRIA em Derecho com mencion em derecho constitucional. Fondo Editorial, p. 109 e 111.

deben ser determinados mediante um equilíbrio que tiene como punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la Constitución; y de otro lado, que son admisibles tan solo limitaciones esenciales de los derechos fundamentales. La caracterización de los límites de los 'principios generales' admisibles como límites esenciales se impone, em cuanto los derechos fundamentales se encuentran insertos em uma relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y com cada uno de los bienes constitucionales y porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace em su esencia, referencia todo derecho fundamental. Si se evidenciam los límites admisibles de los derechos fundamentales de la relación de reciprocidad subsistente entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos, que colocam límites a estos, y si se pone a cada bien jurídico em concurrencia com los otros bienes jurídicos, entonces se debe recurrir a uma fórmula que haga evidente la relación más íntima posible (inmanente a la norma) entre los bienes jurídicos.
(...)

En el proceso de determinación de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, deben seguirse los criterios que ya han sido señalados com atención para determinar el contenido y los límites de los derechos. Los límites inmanentes deben ser definidos individualmente para cada derecho.

Assim, não podemos nos dissipar da idéia de que os princípios fundamentais, juntamente com seu núcleo, não podem ser tidos na forma de um abstracionismo absoluto, pois, mesmo com as novas técnicas de interpretação, a divagação poderia levar o intérprete do direito a se ausentar da real idéia de um princípio fundamental, pois, se assim não fosse, não existiriam parâmetros para que se estabelecessem os pleitos advindos daqueles princípios violados.

Portanto, o núcleo essencial de um princípio fundamental serve para determinar o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente, e daí não há que se dizer que, tanto por parte do legislador, como por parte do aplicador do direito, há um poder ilimitado e irrestrito de aplicação e entendimento.¹⁴⁷

Quanto ao legislador, podemos dizer que o núcleo essencial deve funcionar como forma de garantir que um determinado direito que esteja sob reserva legal possa ter sua eficácia plena e que todo o conteúdo que esteja em sua essência (direito subjetivo) não seja objeto de manipulações legislativas desproporcionais de forma a evitar-se abusos decorrentes destas. Em outras palavras:

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-43.

(...) enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

Daí podemos indagar que se todos os princípios fundamentais devem ser obedecidos e mais ainda o núcleo essencial destes, então haveria de ter-se eventual conflito (aparente) de interesses vinculados em uma mesma situação, e aí surge a preocupação: se todos os direitos devem ser obedecidos, como resolver o caso em uma situação em que haja conflito de princípios? Deve haver ponderação ou deve desconsiderar um para que haja a garantia do outro? Estas são algumas das indagações que envolvem o tema e é a partir deste ponto que passamos a trabalhar dentro dos princípios que são objeto de estudo do presente trabalho: o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana dentro das relações homoafetivas.

Esse panorama nos leva a criticar a idéia de que o legislador e o aplicador do direito e mais ainda a sociedade, buscam de todos os modos, interferir nos direitos fundamentais individuais, impondo ao legislador que faça normas que diga como deve ser exercido um determinado direito, como o caso das relações homoafetivas. Não pode simplesmente o legislador dizer como deve ser exercido o desejo ou orientação sexual de uma pessoa, pois, a liberdade de escolha cabe a cada indivíduo e não ao legislador escolher como e quando e para quem deve ser exercido a orientação sexual apropriada para convivência em sociedade. Na persistência desta idéia, voltaríamos a um regime severo e antidemocrático, onde o legislador impõe tudo o que deve ser feito para que haja convivência “harmônica”(?), sob pena de se infringir nas penas da lei.

¹⁴⁸ Ibidem, p.43.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, Peter Haberle nos ensina que: *“No es admisible una ley que restrinja un derecho fundamental más de lo que sea necesario para la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior, pero no obstante que los bienes jurídicos no son enumerados de manera exhaustiva en cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. No está permitido al legislador adelantarse en el campo ‘absolutamente’ tutelado por los derechos fundamentales; esto es circunscrito por los límites esenciales, con el objetivo de poner límites ulteriores.”*In: HABERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado constitucional*. Pontificia Univesidad Catolica del Peru. Escuela de Graduados: MASTRIA em Derecho com mencion em derecho constitucional. Fondo Editorial, p. 112.

Quando se esta a falar deste tema, devemos pensar que a liberdade de escolha de como exercer a orientação sexual é um direito subjetivo e fundamental, cabendo somente ao indivíduo a escolha de como exercê-la, por isso que a violação decorrente deste direito de liberdade, gera também a violação do princípio da igualdade e da dignidade, pois, se o Estado está a legislar como deve ser exercido um direito subjetivo, o indivíduo não está a exercer a sua plena dignidade e a desigualdade de tratamento é sobejante.

Daí a violação do direito à liberdade gera a violação do núcleo essencial dos princípios da igualdade e da dignidade, pois, o legislador está a impor limites na norma que deve ser exercida da forma mais ampla possível. Por conseguinte, o legislador não pode, no exercício de sua função pública, “invadir” a essência de um direito, tanto é que não foi esta a intenção do constituinte ao declarar que os direitos fundamentais, embora não absolutos¹⁵⁰⁻¹⁵¹, devem ser respeitados enquanto direitos fundamentais constitucionais.

Contudo, também não pode o legislador permanecer inerte quanto ao tema, deve este legislar, visto que, além de tantas outras, esta é uma de suas funções precípua¹⁵².

¹⁵⁰ Lembramos que os direitos fundamentais não são absolutos, pois, embora estejam no rol constitucional, estes devem ser interpretados de forma relativa, principalmente no caso de conflito de direitos, onde se deve relativizar o conteúdo e valor maior de cada um deles. Também não é nosso propósito tratar acerca das teorias relativas e absolutas dos direitos fundamentais, haja vista que, estamos a tratar de modo parcial e simples o tema. Para maior detalhamento sobre o tema, indicamos a leitura do capítulo 01 do livro: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, do Professor Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁵¹ “*Em doctrina, los limites inmanentes, a medudo, vienen determinar por medio del equilibrio.*” In: HABERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado constitucional*. Pontificia Univesidad Catolica del Peru. Escuela de Graduados: Mastria em Derecho com mencion em derecho constitucional. Fondo Editorial, p.

¹⁵² O Poder Legislativo possui cindo funções, entre elas a função legislativa, que passamos a descrever, para fins elucidativos. “*Função Legislativa: oferece maior visibilidade ao Poder Legislativo e trabalha através do processo legislativo, considerado o movimento democrático para produzir leis. A atribuição legislativa opera-se pelo processo legislativo que, por sua vez, tem suporte nos artigos 59 a 69 da Constituição Federa (...), onde tudo que é aplicado no Poder Legislativo Federal, Estadual e Municipal é simétrico. Isto significa que deputados federais e estaduais, senadores e vereadores têm os mesmos direitos e deveres transcritos nas respectivas constituições, respeitando sempre a hierarquia constitucional.*” Disponível em: <http://www.camvereadoresibiruba.rs.gov.br/cincofuncoes.htm>. Acesso em 17 de maio de 2010.

Enquanto não há por parte do legislador a normatização de um direito, é evidente que pela omissão causada por este, podem ocorrer atos que violem direitos e princípios fundamentais que decorreram de atos omissivos. Mas também não deve o legislador, simplesmente legislar apenas por legislar para não ocorrer em omissão de sua competência, deve haver por parte deste e de todos os que acompanham o processo legislativo, ponderação no tratamento dos direitos fundamentais.

Além disso, o papel do legislador também deve-se dar no tocante a envidar esforços para avaliar as situações que são colocadas cotidianamente no ordenamento através da análise da tríade “necessidade x ponderação x realidade.”¹⁵³

Nesta análise deve-se indagar: qual a necessidade de se tratar sobre o tema (relevante ou não relevante)? Respondida a questão deve haver a ponderação dos direitos que estão sendo legislados e os valores imanentes de cada um deles (grande ou pequena proporção)? E por fim, qual a realidade deste direito nos meios social, político e jurídico? Respondida as questões, então deve-se passar a discussão de como esse direito vai ser legislado e aí deve o legislador utilizar de todos os meios possíveis para que não haja distorções de entendimento ou que atos violadores possam decorrer de sua legislatura.

A partir da “normatização”¹⁵⁴ de um direito, agora podemos avaliar como este irá refletir em todos os sentidos, a exemplo, vamos tratar do tema em questão, qual seja, as relações homoafetivas e o seu tratamento dentro do núcleo essencial dos princípios fundamentais.

No caso de conflito de interesses ou conflito jurídico (aparente) entre os direitos adquiridos pelas relações homoafetivas e outro segmento, e.g., relações

¹⁵³ Neste sentido, HABERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. 2002.

¹⁵⁴ Estamos tratando apenas em situação hipotética.

entre heterossexuais, no caso da união estável¹⁵⁵, como deve ser resolvido o conflito?

Nesta senda, vemos claramente que ambos os direitos dos casais homossexuais, como dos casais heterossexuais, possuem um conteúdo aberto e variado e somente pode ser aferido no caso concreto, ou como no caso em questão, quando estejam em conflito entre si, ou até com outros valores da Constituição.¹⁵⁶

Contudo, também vemos que no caso em questão que, embora o art. 226, § 3º, da Constituição¹⁵⁷ traga a menção que a união estável será observada quando atingir o requisito da duplicidade do casal – homem e mulher – e que as normas constitucionais não podem ser consideradas inconstitucionais¹⁵⁸, este artigo entra em grande conflito com o estabelecido com os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade, pois, embora não esteja expresso que não haverá discriminação por orientação sexual, o direito deve ser abrangido a todas as pessoas indistintamente.

Além disso também vemos que uma das grandes razões para não se reconhecer as uniões homoafetivas como união estável, é a simples argumentação

¹⁵⁵ Art. 1723 do CC/02: “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.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

¹⁵⁶ BESSA, Leonardo Sousa. *Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

¹⁵⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 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.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 18 de maio de 2010.

¹⁵⁸ Esta conclusão advém do entendimento do princípio da supremacia da Constituição e seu também princípio da unidade. Neste sentido, J. Gomes Canotilho ressalta que: “O Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constituição não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.”. Apud, AZEVEDO, Pedro Pontes de. *Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

de que, tanto a Constituição como o Código Civil, fazem referência à diversidade sexual, de gênero homem e mulher.¹⁵⁹

Portanto, se não pode haver distinções com base no princípio da igualdade, como também, deve haver o resguardo da norma constitucional com base no princípio de sua supremacia e assim não havendo como declarar uma norma constitucional inconstitucional, voltamos a pergunta de como podemos resolver a questão, sem atingir ou deixar de proteger o núcleo essencial de cada um dos direitos, se ambos os interesses estão em conflito.¹⁶⁰ Como dizer que o direito à união estável entre o homem e a mulher é sobreposto ao direito de igualdade de tratamento de um casal homossexual relativo ao mesmo direito?

Na tentativa de responder à estas indagações, devemos avaliar os fatores ligados a este problema e não somente o caso concreto em si e, para tanto nos valem de três elementos ou requisitos que estão interligados ao tema, são eles: a análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; à relação do que é protegido e suas possíveis restrições e por fim como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições.¹⁶¹

¹⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 161.

¹⁶⁰ Neste ponto não podemos deixar de mencionar as teorias de proteção do núcleo essencial dos direitos e princípios fundamentais, são elas a teoria absoluta e a teoria relativa. Quanto a primeira, entendem seus adeptos que "(...) o núcleo essencial dos direitos fundamentais (...) como unidade substancial autônoma (...) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, impescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um 'limite do limite' para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. Os sectários da chamada teoria relativa (...) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (...), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório." In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44.

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, nº 4, ano 2006. Também disponível em:

O problema que envolve o núcleo essencial dos direitos fundamentais, engloba uma gama de situações complexas que demandam um estudo aprofundado, que demandaria leituras específicas, contudo, não é este o intuito deste trabalho, pois, estamos aqui somente para demonstrar as situações que são decorrentes dos atos omissivos decorrentes das violações dos princípios fundamentais e que atingem o núcleo essencial destes.

Pois bem, voltando a solução do problema encontramos na doutrina, alguns apontamentos que podem ajudar a elucidar o problema e o primeiro refere-se ao princípio da proporcionalidade, que ressalta que o legislador deve envidar esforços para solução do conflito, em outras palavras, “El principio de la proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados.”¹⁶²

Assim,

(...) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que a decisão normativa deve se mostrar razoável em face do resultado perseguido, ou melhor, exige uma relação de racionalidade ou equilíbrio entre a medida escolhida e a finalidade pretendida, a fim de que a intervenção legislativa não revele uma carga excessiva para os titulares dos direitos afetados.¹⁶³

Em vista disso, vemos que o princípio da proporcionalidade faz com que o legislador ao interpretar a norma, aplique a lei ao caso concreto de modo a garantir a razoabilidade do fim proposto pela lei, e pelo interesse público.

Por conseqüência, vemos que o princípio da proporcionalidade deve se relacionar com o conflito dos princípios e direitos fundamentais como forma de

http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2010.

¹⁶² HABERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado constitucional*. Pontificia Univesidad Catolica del Peru. Escuela de Graduados: Mastria em Derecho com mencion em derecho constitucional. Fondo Editorial, p.127.

¹⁶³ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005, p. 80.

intervir na discricionariedade legislativa, a fim de que se possa dar respaldo e motivação ao ato praticado pelo legislador.

Desta forma, o conflito entre o núcleo essencial entre dois princípios, como no caso apresentado aqui neste tópico, deve ser relacionado ao princípio da proporcionalidade, analisando quais os direitos que são violados e a análise da valoração e sopesamento de cada um deles.

Portanto, o conflito entre o que é defendido nas relações homoafetivas, qual seja o direito a igualdade e a dignidade da pessoa humana e o que é protegido nas relações heterossexuais, quanto ao status da união estável, avalia-se ao caso concreto, pois, não pode e nem deve haver prevalência de um direito sobre outro, ou sobre fundamentos sem amparo legal para resolução do conflito.

Maria Berenice Dias, nos traz a seguinte menção:

A Constituição tem como vértice o respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios da liberdade e da igualdade, o que impõe que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção estatal como entidades familiares. Descabido negar direitos a vínculos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexos convenientes.¹⁶⁴

Assim, o conflito entre a igualdade das relações homoafetivas e a união estável heterossexual, não pode se dar somente no campo da declaração pura e simples da norma constitucional, tanto é, que caso fosse possível a Constituição Federal não haveria de ser considerada como Lei Maior de um Estado Democrático de Direito.¹⁶⁵

¹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 163.

¹⁶⁵ Aqui devem ser avaliados os princípios da unidade, da supremacia e a interpretação sistemática da Constituição. Este entendimento de que não é possível a declaração de normas constitucionais inconstitucionais, é contrário ao que é defendido pelo autor alemão Otto Bachof, que defende que a norma quando for incompatível com as relações do ordenamento jurídico ou que haja conflito de interesses ou de direitos deve-se declarar inconstitucional a norma constitucional. Neste sentido

Portanto, delimitado o núcleo essencial do direito fundamental deve-se estabelecer quais as restrições que possam advir da sua ponderação ou não aplicação naquele determinado caso, devendo-se estabelecer sempre que o fim deve ser àquele almejado pelo legislador constituinte sem restrições aos direitos individuais subjetivos.

Visto as restrições decorrentes da ponderação dos princípios fundamentais deve-se buscar o fundamento e/ou respaldo legal que deve ser dado para justificar o porquê que um determinado direito está sendo restringido em virtude de outro.¹⁶⁶

Então, a ponderação desses três quesitos irá resultar na proporcionalidade que deve ser buscada pelo legislador, como também, como forma de ajudar a fundamentar ou explicar o porquê da prática de um determinado ato, devendo este observar a tríade da realidade x necessidade x ponderação.

Portanto, a resolução do conflito entre relações homoafetivas e as relações heterossexuais no campo da união estável não pode ser dada de maneira absoluta, pois, o legislador estará de certo modo invalidando à aplicação de um mesmo direito a casos diferentes, ou seja, o que for resolvido deve ser necessariamente aplicado a todas as situações. Em outras palavras:

(...) a teoria absoluta, ao acolher uma noção material de núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se , em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar in abstracto a existência desse mínimo existencial. É certo, outrossim, que a idéia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger.¹⁶⁷

Outrossim relembremos que o conflito de direitos e princípios fundamentais do exemplo em questão, gera ou pode gerar atos que violem tais

remetemos a leitura do livro: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁶⁶ Por equiparação temos que todo ato administrativo, em regra, deve ser motivado pelo agente público, atendendo aos fins estipulados pela norma.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

direitos, haja vista que, não havendo norma regulamentadora acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas, não pode o legislador e o interprete e aplicador do direito olvidar-se de sua aplicação e sua ponderação pelo puro e simples respaldo de que não há norma jurídica do tema o que enseja um ato violador não somente do princípio fundamental da dignidade e da igualdade, mas também de seu núcleo essencial, pois, os atos violadores decorrentes da omissão da análise de seu valor imanente deve apoderar-se de modo a não atingir os direitos individuais e subjetivos de cada um.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade veda a supressão total de um direito subjetivo determinado, de tal sorte que possa desaparecer sua essência e não haja mais nenhum núcleo a ser defendido.

Partindo dessa premissa dos atos violadores dos princípios da igualdade e da dignidade passamos a tratar no próximo capítulo acerca da eficácia e aplicabilidade dos referidos princípios, abordando quais os aspectos necessários para que a dignidade e igualdade possam ter eficácia plena ou se tendo eficácia porque não é garantida.

Tomando por base os conceitos estudados até o presente momento nestes dois primeiros capítulos passamos ao estudo da eficácia e validade dos princípios fundamentais em face das relações homoafetivas.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Os princípios constitucionais fundamentais são a base ou pilares de um Estado Democrático de Direito, tanto é que a nossa Constituição possui capítulo próprio do tema, mas até chegarem a este ponto de status constitucional, muito se transcorreu para entender que determinadas situações devem ser vistas com respaldo legal que não pode ser retirado do âmbito de proteção de cada pessoa.

É esse o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do Estado Democrático Brasileiro¹⁶⁸, por muitos considerado o princípio mais importante da carta constitucional.¹⁶⁹

Tanto é assim que não somente o ordenamento brasileiro o reconhece como o princípio basilar internacional humano¹⁷⁰ passível de defesa para todos os indivíduos. Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷¹ que

¹⁶⁸ Tanto é verdade que encontra-se no rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal em seu artigo 1º que dispõe: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

¹⁶⁹ Uma das grandes doutrinadoras que defende esta tese é a professora Flávia Piovesan, que ressalta que o princípio da dignidade é o valor mais importante da Constituição. Nesse sentido: ZAMARIAN, Lívia Pitelli. BATISTUTE, Rafaela Geiciani Messias. *O princípio da dignidade humana como princípio fundamental e a paternidade sócio afetiva*. Disponível em: www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista03/61-76.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2010.

¹⁷⁰ BIACHI, Fernanda; JABOBI, Carla. *Direitos Humanos e o princípio da dignidade no Brasil*. Disponível em: http://www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/centros/cepejur/docs/artigo02.doc. Acesso em: 19 de maio de 2010.

¹⁷¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:
“Preâmbulo:

dispõe que todo ser humano tem direito a uma vida digna tendo respeitada sua dignidade como pessoa.

No mesmo sentido e proporção encontra-se o princípio da igualdade, que é característica do Estado Democrático de Direito. Este princípio encontra-se respaldado no *caput* do artigo 5º da Constituição¹⁷², como princípio fundamental de efetividade obrigatória por parte do ente público ou por qualquer ente privado, haja vista, que a igualdade não deve se dar somente no âmbito público, mas também, no âmbito privado, decorrente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁷³

Portanto, a dignidade e a igualdade podem e devem ser aplicados às uniões homoafetivas, haja vista que, não há qualquer restrição ou impedimento legal que impeça o legislador e o interprete e aplicador do direito de utilizarem dos meios necessários para fazer garantir igualdade de direitos às relações homoafetivas.

Logo, se não pode haver inaplicabilidade dos referidos princípios às relações homoafetivas, por que ainda há tanta disparidade de tratamento entre estas e as relações heterossexuais? De alguma os princípios podem não ser efetivos o suficiente para não abarcar tais relações?

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

(...)

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (...)" (grifos nossos). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 18 de maio de 2010.

¹⁷² "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 (...)" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

¹⁷³ MINARDI, Fábio Freitas. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e aplicação da teoria da eficácia horizontal*. Revista Direitos fundamentais e Democracia, vol. 04, 2008. Disponível em: http://www.unicuritiba.com.br/webmkt/mestrado/livros/2009/anexo8_direitos.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2010.

É a partir dessas indagações que passamos a trabalhar a partir de agora a eficácia e aplicabilidade das relações homoafetivas dentro dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

3.1 Dignidade da pessoa humana como princípio base

Ante tudo o que já foi escrito acerca da dignidade da pessoa humana, agora nos resta a falar um pouco da sua supremacia e valor na Carta Constitucional de 1988.

Este princípio é considerado “(...) valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988.”¹⁷⁴

Portanto, a dignidade da pessoa humana além de ser um princípio fundamental da Constituição de 1988, também é um valor supremo, inerente a toda pessoa, indiferente de qualquer requisito, por conseguinte, todos são afetos por ela.

Em razão disso e no mesmo sentido, devemos estudar a dignidade da pessoa humana no plano individual e não somente como princípio fundamental, visto que, cada pessoa e/ou cada grupo possui um valor inerente à sua luta, ou seja, uma visão metafísica e não somente material.

Para discursar sobre esta metafísica da dignidade da pessoa humana, o professor Inocêncio Mártires Coelho, citando o ilustre autor Miguel Reale, ressalta que:

(...) toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra (...)¹⁷⁵

E é neste ponto que ressaltamos que a dignidade da pessoa humana como valor supremo de Estado deve ser respeitada no seu conjunto, ou seja, como valor inerente de cada pessoa e como princípio fundamental. Portanto, se cada pessoa possui o grau mínimo de sua dignidade, então não haveria de ter discriminações, porque, cada pessoa exerce a sua dignidade de acordo com suas convicções e da maneira que lhe traga felicidade¹⁷⁶, independente das opiniões que possam influir sobre ela.

Em razão disso é que as relações homoafetivas encontram seu principal respaldo dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que somente cabe a elas a decisão de como exercer a sua orientação sexual, pois, esta irá compor a sua dignidade.

A partir do momento em que se entende a pessoa como um ser único e singular, não é cabível ao Estado impor limitações a estas a fim de afetar seu modo de vida e como este pode se dar.

Por isso, ao disciplinar que a união estável¹⁷⁷ somente e exclusivamente se dará entre homem e mulher, não se está a dizer que os homossexuais não possuem dignidade. Podemos inferir, portanto, que a interpretação desta norma pode-se dar da seguinte maneira: “às relações homoafetivas não são conferidos os direitos atinentes à união estável, como também, não é possível o seu reconhecimento por parte do poder público.”

Desse modo, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, no caso das relações homoafetivas não pode ser exercida, haja vista que, a partir de uma

¹⁷⁵ Ibidem, p. 172.

¹⁷⁶ “Vivemos o momento da valorização da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF) e todo o esforço interpretativo da legislação infraconstitucional é canalizado para a vitória deste princípio, que é sustentáculo da felicidade existencial do homem.” (TJSP, ADV 19-01/299, N. 97046, AC 115. 978-4/0, Rel. Dês Ênio Santarelli Zuliani). In: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5ª Edição reformada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

¹⁷⁷ Art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

interpretação “inversa” da norma que trata da união estável, vemos claramente que a dignidade da pessoa humana como seu valor individual não é respeitada.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, **mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.**¹⁷⁸ (grifo nosso)

Percebemos, assim, que a dignidade deve ser aferida a cada ser humano¹⁷⁹, assim considerado, como ente protegido pelo Estado, não cabendo a este autorizar qualquer medida ou ato discriminatório e/ou atentatório que possa atingir ou impedir a pessoa de exercer a sua dignidade.

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

¹⁷⁹ Citamos comentário acerca do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita pela ministra Cármen Lúcia. Este trecho vale mais como pausa para reflexão:

“Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual, Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Ilda com as agonias e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Filhos da terra, iguais em sua semente de liberdade e esperança, Filhos da mesma mãe terra. Filhos iguais das mães.

Iguais as mães. Todas dignas. Não se vergam, não se entregam e dão a todos os filhos do mundo o exemplo de que a pessoa humana é feita de vértebras na alma. Não e feita para se curvar. Nem para deixar de lutar.

O filho espera com fome e a mãe apressa-se. Do rico ou do pobre, o filho é da mãe o próprio amor que acode a tempo e a hora.

Todas solidarias as mães. Solidariedade pura deixada para os filhos de todas as mulheres, que a fraternidade faz-se pelo sangue da humanidade que dança nas veias do mundo, não se liquefaz em tipo sangüíneo.

Igual o amor das mães. E, sabe-se, o amor não vê tipos. Mas há tipos diferentes de amor. O amor não tem medo, porque existe em si, produz-se na humanidade, que lhe garante a existência, mesmo depois de ter parado o coração do amado.

Porque o amor é livre e próprio dos homens, como a dignidade é própria do amor. O homem tem consciência disso mesmo na inconsciência do que se vive no amor.

Homem é ser que não desiste. Liberta-se de sua individualidade pelo amor que o faz único ao outro.

Homem é ser que renuncia a si. A sua dignidade impõe que continue, mesmo quando parece cessada toda esperança. Esta também teima em persistir, em nome da humanidade, em nome do amor que virá, em nome do anseio de se libertar.

É esse anseio que acorda a cada dia, ainda que apenas para deixar claro que a noite já se foi e para lembrar que ela voltará ao final de cada entardecer.

Homem não tarda; faz-se seu tempo. E todo tempo é de liberdade e de esperança.” In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direitos de para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13.

Nesse caminho ainda podemos dizer que o exercício da livre orientação sexual¹⁸⁰ é um exercício da dignidade como valor intrínseco do indivíduo, ou seja, o direito a livre escolha da orientação sexual é a reafirmação do direito a dignidade.

Em razão disso também podemos afirmar que a ausência de livre exercício da dignidade da pessoa humana enseja em violação ao direito da liberdade de escolha que também é um dos princípios fundamentais de um Estado livre. Desta forma, podemos dizer que se a pessoa não exerce a dignidade como pessoa homoafetiva estará violado seu direito à liberdade de escolha, da mesma forma, podemos dizer que se uma pessoa não possui a livre liberdade de escolha sobre sua orientação sexual, estará violada a sua dignidade¹⁸¹. Assim, ambas as situações podem decorrer de violações que ensejem em atos discriminatórios de ambos os direitos.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como conseqüência imediata da consagração da dignidade imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.¹⁸²

Contudo, devemos ressaltar que a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade não são idênticos, embora possuam um núcleo essencial similar um ao outro; a violação de um, pode não necessariamente ensejar a violação

¹⁸⁰ “O termo ‘orientação sexual’ é mundialmente usado para designar se esse relacionamento vai se dar com alguém do sexo oposto, do mesmo sexo, ou com pessoas de ambos os sexos. Preferimos acrescentar ao termo a palavra “afetivo” para deixar claro que esse relacionamento não é só de ordem sexual, mas também envolve o amor e o afeto. E os afetos podem ser de natureza positiva ou negativa. E também porque nem sempre afeto e sexo caminham de mãos dadas.” In: AGNOLETI, Michelle Barbosa. Neto, José Baptista de Mello. *Dignidade sexual e diversidade humana: cidadania e respeito para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT)*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_netolgbtt.pdf. Acesso em 08 de abril de 2009.

¹⁸¹ Para Ingo Sarlet, os direitos fundamentais relacionam-se com a dignidade da pessoa humana e por isso, o indivíduo somente terá respeitada sua dignidade se os outros direitos advindos da dignidade forem respeitados. Assim: “(...) terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.” In: Apud, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110-111.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

de outro, como também a violação de um pode ensejar a violação de ambos. Assim, embora a igualdade esteja ligada à dignidade, não há de confundir-se, pois, a igualdade visa proteger a pessoa em graus comparativos – e.g. situações discriminatórias ou e.g. situações que não defiram tratamento paritário em situações de emprego – já a dignidade visa a trabalhar no grau mais íntimo da pessoa, em grau primeiramente individual e personalíssimo, decorrente de um valor próprio que não pode ser retirado e não conhecido sequer pelo próprio Estado. Assim, embora co-relacionados¹⁸³⁻¹⁸⁴, os princípios da igualdade e da dignidade tratam de essências diferentes.

Em tal grau, o paralelo que se encontra traçado no caso das violações do direito da liberdade e da igualdade infere em tal grau o direito a intimidade, ou seja, a livre escolha da orientação sexual cabe ao indivíduo, sendo que, qualquer ato desabonador deste direito ensejaria também em violação ao direito à intimidade.

Estes paralelos foram traçados a fim de demonstrar que o princípio da dignidade humana está relacionado¹⁸⁵ a outros tantos direitos fundamentais

¹⁸³ O autor Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, ao tratar da constitucionalidade do casamento homossexual, nos traz alguns apontamentos acerca da co-relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade ao relatar que a dignidade seria fruto da igualdade e portanto propiciaria o livre exercício de um direito dentro da autonomia privada. In: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTR, 2008, p. 107.

¹⁸⁴ Também é importante destacar a citação do livro de Ingo Sarlet que o autor supra citado nos traz a fim de explicar a co-relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Neste sentido, transcrevemos, a opinião do autor conforme feito em sua obra: “(...) constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico. Em primeiro lugar, lembrando que a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia da pessoa, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da igualdade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil – ao menos se pretendemos manter alguma coerência com a noção de dignidade apresentada ao longo do texto – questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.” In: Apud, Ibidem, p. 108.

¹⁸⁵ “Apesar da afirmativa de que a dignidade preexiste ao direito, para que a ordem jurídica seja legítima, ou seja, para a legitimação da atuação do Estado, faz-se necessário que a dignidade seja reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico. **Assim são que os direitos e garantias**

constitucionais, e portanto, deve ser considerado como o princípio mais importante da Carta de 1988, de modo a não ensejar quaisquer tipos de atos atentatórios ou discriminatórios acerca da orientação sexual da pessoa.

Em vista disso é que não se deve designar que atos advindos da cultura preconceituosa possam adentrar ao modo de escolha de vivência da orientação sexual de cada indivíduo, pois, na prevalência de um entendimento com base em convicções culturais e religiosas estaríamos a vivenciar uma espécie de positivismo religioso-cultural, onde se averiguaria quesitos de ordem abstrata – e.g. o que é ou não pecado – que demarcariam normas de conduta obrigatórias ensejando penalidades para quem ousasse ir contra estas.¹⁸⁶

Voltando às elucidações anteriores, vamos analisar agora o enfrentamento do princípio da dignidade humana – plano metafísico – como princípio individual e basilar do ordenamento jurídico.

Primeiramente adentramos na idéia de que a dignidade da pessoa humana não pode e não deve ser compreendido na óptica de uma única perspectiva, ou seja, este princípio deve se apresentar sob o foco de dois âmbitos

fundamentais, de alguma forma, possam ser reconduzidos à noção de dignidade da pessoa humana, pois todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas em nível social, democrático, cultural, econômico e jurídico.

*O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre relevante papel na arquitetura constitucional, posto que é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, é, assim, valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. **O princípio da dignidade serve, portanto, como parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais, mas não só deles e das normas constitucionais, como de todo o ordenamento jurídico.** É, assim, um referencial inarredável para a hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico – sistemático, ou seja, é considerado como princípio de maior hierarquia do ordenamento jurídico, ressaltando sua função hermenêutica.”* (grifo nosso) In: BORTOLUZZI, Roger Guardioli. *A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual. As relações homoafetivas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6494> . Acesso em: 06 abril de 2010.

¹⁸⁶ Não estamos aqui a dizer que não deve haver nenhuma norma de conduta, pois, a total ausência desta, causaria um temeroso caos, onde nada poderia ser feito para impedir condutas desabonadoras, como maior exemplo, o Código Penal relata uma espécie de norma de conduta, demonstrando atos/attitudes que se feitos pela pessoa, ensejam em punição. Por conseguinte, este Código esta a demonstrar condutas que devem ser evitadas pelo indivíduo, ou seja, a exemplo citamos o crime do artigo 121 do Código Penal que diz que a conduta “matar alguém” terá a pena de 12 a 30 anos; assim, a interpretação que deve ser retirada deste dispositivo, como norma de conduta é: “não devo matar”, pois, se o fizer estarei sujeito à restrição de minha liberdade e da convivência social.

de proteção, o primeiro que diz respeito à proteção de um direito individual e o segundo como proteção de um dever fundamental e social.

O princípio fundamental consagrado pela Constituição da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição exige que lhe respeitem a própria.¹⁸⁷

Neste ponto não é demais lembrar que, embora a dignidade da pessoa humana hoje seja considerada como valor intrínseco do ser humano, a concretude deste efeito deu-se somente, no caso brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988¹⁸⁸ e no plano internacional com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ambos, vieram a designar que a dignidade, além da base fundamental que deve se constituir o Estado, deve ser respeitada como valor imanente de cada indivíduo, onde a mais leve transgressão a sua ordem pode ensejar em danos extremamente gravosos no plano material e no plano subjetivo.¹⁸⁹

Sob o ponto da perspectiva da dignidade como valor intrínseco do ser humano e seu paralelo com as relações homoafetivas, presente está a condição de escolha, melhor, da livre escolha do indivíduo, sendo que se este não pode exercer a sua própria dignidade de escolha da orientação sexual, deixa de ser, a nosso ver, sujeito de direito, pois, a partir do momento em que um indivíduo tem a plena capacidade que lhe é garantida pelo ordenamento brasileiro, então, este tem a capacidade de auferir sobre o seu próprio livre arbítrio.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

¹⁸⁸ A CF/88 foi a primeira Constituição pátria a instituir o princípio da dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais e ainda como fundamento do Estado Democrático de Direito.

¹⁸⁹ Com relação à estas transgressões, estamos nos referindo aos danos individuais, e.g., danos psicológicos, danos físicos ou a imagem, ou seja, violação que decorre do próprio indivíduo se sentir afetado que não há como “corrigir” ou “tratar”.

Em outras palavras, impedir que um indivíduo exerça sua orientação sexual voltada para pessoa do mesmo sexo, é o mesmo que o colocar enclausurado, ausente da vida em sociedade, impondo a este que pense que tudo que está relacionado à sua conduta homossexual é errada, contrária aos bons costumes.

Em vista disso é evidente que tal atitude é contrária aos preceitos de uma ordem constitucional democrática, pois, o livre arbítrio está intimamente ligado ao exercício da dignidade, em outras palavras, quando se tratar de livre escolha do indivíduo, este está a escolher o modo com que deseja viver e o modo que considera que será feliz.

Tanto é que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como qualidade intrínseca, imanente, personalíssima de cada indivíduo e assim deve ser respeitada, independentemente de suas escolhas, pois, este, como ser humano deve ser respeitado como ser humano e como pessoa de direito, de tal sorte que, se há desrespeito de uma pessoa “A” contra um indivíduo “B” devido a sua homossexualidade, então é porque a essência social do respeito à dignidade não pôde ser compreendida devido a carga cultural preconceituosa ou é porque não há por parte do indivíduo “A” o conhecimento do que vêm a ser o respeito a dignidade da pessoa humana.

Igualmente a este entendimento da dignidade como valor intrínseco, se respalda Ingo Sarlet, que citado pela autoria Maria Berenice Dias, nos traz a baila o pensamento que a

(...) dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca de distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, nesse sentido, em complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁹⁰

Portanto, se um indivíduo deseja optar por ser homossexual e assim considera que será feliz¹⁹¹, não há nada que possa ser feito a não ser respeitar a escolha, pois, a partir do momento em que a pessoa faz a opção de sua orientação homossexual, ou qualquer outra escolha, sua dignidade está sendo exercida do modo que melhor lhe convém, e assim, o Estado não pode interferir, mas tão somente proteger.

Tanto é assim que, no caso de uma situação hipotética, vivêssemos em um âmbito onde a dignidade não fosse considerada como valor intrínseco, toda e qualquer conduta do indivíduo deveria ser normatizada, ou no caso de omissão legal, deveria se recorrer ao Judiciário para dizer se tal conduta pode ou não ser exercida ou até mesmo no caso de não haver nenhuma norma a respeito, o julgamento seria baseado em critérios subjetivos de ordem intrínseca do julgador que não auferiria o pensamento acerca de se uma conduta pode ou não trazer felicidade a uma determinada pessoa.

Além disso, José Afonso da Silva nos traz o ensinamento que as atitudes advindas de atos discriminatórios vedados pela Constituição são incompatíveis para com esta, em suas próprias palavras: “São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.”¹⁹²

O autor ainda nos ensina que existem dois modos de cometer a inconstitucionalidade advinda de atos discriminatórios, a primeira, que é a que nos interessa neste trabalho, consiste em garantir direitos e benefícios a um determinado grupo de pessoas, favorecendo-os em detrimento de outro grupo em situação

¹⁹⁰ *Apud*, DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103.

¹⁹¹ Maria Berenice Dias nos ensina que “*Sem a liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade*.” In: *Ibidem*, p. 99.

¹⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores. 23ª ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, 2004, p. 226.

similar.¹⁹³No caso das uniões homoafetivas, a inconstitucionalidade se encontra presente devido à violação ao princípio da igualdade, por deferir somente aos casais heterossexuais o direito ao reconhecimento do casamento e da união estável. Por conseqüência, o ato somente é considerado constitucional para àquele determinado grupo que teve o direito garantido. Diante desse impasse, como resolver o caso? Ensina-nos o emérito professor que a solução se daria “(...) precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.”^{194_195}

Voltando a questão do princípio da dignidade como diretriz da Constituição, passamos a expor o entendimento acerca da íntima ligação do referido princípio com as relações homoafetivas.

Não é forçoso compreender que o princípio da dignidade e a proteção das relações homoafetivas estão intrinsecamente ligados pelos fatores: liberdade de escolha e discriminação de qualquer gênero. De igual maneira, a sobreposição da dignidade humana como fator individual sugere à ampliação do entendimento deste como valor máximo a ser protegido e a diminuição dos atos atentatórios e discriminatórios à livre escolha da dignidade.

De tal sorte podemos concluir que, a dignidade está para as relações homoafetivas assim como estas estão para àquela, como uma simples regra matemática que assinala a co-relação direta entre estas.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitucionais de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, III, da

¹⁹³ Ibidem, p. 227.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 227.

¹⁹⁵ Para corroborar o entendimento da inconstitucionalidade advinda de atos discriminatórios, José Afonso da Silva, cita entendimento do professor Gilmar Ferreira Mendes, dispondo que: “*Não há de se perder de vista, porém (conclui), que o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade tem por objetivo evitar, exatamente, a declaração de inconstitucionalidade total, deixando ao legislador a possibilidade de sanar eventuais defeitos. É que, como observado, tal solução (nulidade0, como acentuado, além de traduzir possível injustiça com os beneficiados, pode levar a uma situação de ausência de normas, a um vácuo de direito (...), ou, até mesmo, ao chamado caos jurídico (...).*” Apud, Ibidem, p. 227.

Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianamente da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.¹⁹⁶

A relação entre a dignidade humana e as relações homoafetivas é tão clara que se torna até mesmo incompatível com o ordenamento jurídico desconsiderar esta relação intrinsecamente ligada.

A partir desta co-relação podemos afirmar que, qualquer ato discriminatório tangente à orientação sexual da pessoa, enseja em violação da dignidade humana, importando, deste modo, infringência direta ao princípio base da Constituição – além de violar a dignidade como valor individual da pessoa – baseado em preconceitos que não podem e nem devem legitimar ações atentatórias contra a dignidade humana, tanto como seu valor individual como valor maior do Estado Democrático de Direito.

Em razão disso devemos considerar que a discriminação baseada em critérios preconceituosos referente à orientação sexual da pessoa deve ser considerado como um fator de prejuízo ao desenvolvimento do “ser” humano, pois, a discriminação fundada na sexualidade da pessoa só faz contribuir ao caminho de um anti-status democrático, em outras palavras, os atos discriminatórios em nada desenvolvem o crescimento pessoal e social do indivíduo, retornando este ao domínio da prevalência de normas fechadas e antiquadas que nada elevam o crescimento da evolução da sociedade.

Por conseqüência, também devemos considerar que, se a norma da dignidade da pessoa humana, embora existente dentro do ordenamento jurídico

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 103.

constitucional e intimamente ligada às relações homoafetivas, é certo que a sua eficácia de norma-princípio não está sendo aplicada às relações homoafetivas, ou, se aplicável é omissa e inválida (eficaz sem validade).

E é seguindo este raciocínio que passamos a esboçar acerca da eficácia e aplicabilidade da norma-princípio da dignidade da pessoa humana em face das relações homoafetivas.

3.1.2 Validade e eficácia da norma-princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico em face das relações homoafetivas¹⁹⁷

Quando nos referimos a dignidade da pessoa humana ou qualquer outro princípio de ordem constitucional, não podemos dizer que estes são auto-aplicáveis somente porque estão inseridos dentro dos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Esta afirmativa é incorreta, pois, como todas as demais normas e princípios do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, embora considerada como valor supremo da democracia e como valor imanente de cada indivíduo, deve ser considerada, antes de tudo, como norma jurídica onde se avaliam os critérios de existência, validade e eficácia.

Dessa forma, começamos este tópico com a afirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora posto como norma de eficácia plena, em relação a dadas situações, não possuem qualquer tipo de eficácia jurídica, ou seja, embora existentes, não possuem regulamentação própria, e se alicerçam com base no fundamento da dignidade da pessoa humana, o que de certa forma, não é plenamente correto, pois, há ausência de norma regulamentadora do direito pleiteado. Em outras palavras, a norma regulamentadora da dignidade da pessoa humana não possui eficácia quanto ao assunto das relações homoafetivas.

¹⁹⁷ Neste ponto também será analisado alguns pontos referentes à aplicabilidade da norma da dignidade da pessoa humana nas relações homoafetivas.

Embora sua aplicabilidade seja plena, assim considerado como direito fundamental, não podemos deixar de considerar que determinadas situações inseridas no ordenamento não possuem a incidência de tal norma, tornando-a ineficaz embora existente.

É este o caso das relações homoafetivas, conquanto existentes e conhecidas dentro do ordenamento, não possuem a incidência e/ou abrangência da dignidade da pessoa humana.

Ao basear-se no fundamento da dignidade da pessoa humana, as relações homoafetivas são privadas de possuir eficácia perante institutos do direito, a que por qualquer dado momento possa ter direito.

Contudo, ao fazer tal afirmação nos vêm a baila também a idéia de que os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, deve ser aplicada e respeitada, independentemente, da situação pleiteada, pois, para a incidência e abrangência da norma-princípio da dignidade da pessoa humana não pode haver discricionariedade do Estado. A norma dignidade da pessoa humana, assim como os demais direitos e princípios fundamentais "(...) estão imperativamente previstos na Constituição e não estão sujeitos a qualquer análise de conveniência e oportunidade quanto à sua concretização, tratando-se de uma atuação vinculada."¹⁹⁸

Portanto, ao invés do formalismo aplicado ao ordenamento jurídico a respeito de sua aplicabilidade aos casos que são elencados, quer na norma constitucional quer na norma infraconstitucional, quando se trata das normas regentes dos princípios e garantias fundamentais, não se pode avaliar o poder discricionário do Poder Público, tanto é que se assim fosse, não seria necessário o resguardo do legislador constituinte ao disciplinar a respeito dos direitos e garantias (e os princípios do Estado Democrático de Direito) no rol de guarda precípua da Constituição. Assim, quando se tratar de princípios de ordem constitucional, deve-se

¹⁹⁸ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RÍPOLI, Danilo César Siviero. *Direitos fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação*. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira. (Coordenadores). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira*. Birigui, São Paulo: Boreal Editoria, 2008, p. 16.

ter em mente à vinculação do Poder Público com ação direta e eficaz quanto ao respeito a estes direitos.

Desta feita, se todas as normas garantidoras de direitos e princípios fundamentais devem ser resguardadas pela vinculação prestacional do Estado, ainda temos em mente a indagação quanto a falta de sua eficácia e aplicabilidade quanto às relações homoafetivas.

Se a dignidade da pessoa humana é uma norma-princípio fundamental, aplicável a todos indistintamente, por que quando se trata de relações homoafetivas está a se negar a sua aplicação? Existe algum parâmetro que a diferencie de outras situações ou simplesmente não se quer dar garantia do respaldo legal do direito posto?

É assim que nos deparamos com um problema que é de difícil solução e explicação. As respostas a tais indagações nos levam a devaneios que não somente se inserem dentro do campo da normatividade jurídica, mas também ao campo social, cultural e afim. Todavia, uma circunstância que vem a tona para ser primeiramente respondida é a causa da ausência de eficácia da dignidade da pessoa humana às relações homoafetivas. É na esteira destas indagações que passamos a discorrer da eficácia e aplicabilidade da norma-princípio da dignidade da pessoa humana nas relações homoafetivas.

A eficácia de uma determinada situação é garantida a partir de sua existência, a nosso ver, a partir do momento que já passa a existir no mundo dos fatos, e de certa forma, sua eficácia já é garantida, a partir de um reconhecimento por parte da sociedade e do legislador, que embora inerte, conhece da situação.

É típica relação posta na Teoria da Tríade de Miguel Reale, onde esta explica que o tridimensionalismo jurídico tem o mérito de evitar a redução da ciência do direito a uma vaga axiologia jurídica, pelo reconhecimento de que são menos relevantes aos aspectos inerentes ao plano dos fatos ou a ordenação das normas, o

que implica uma compreensão complementar dos três fatores operantes na unidade dinâmica da experiência jurídica.

Assim, Miguel Reale relata que:

Em geral, os tridimensionalistas, quer aceitem ou não esta qualificação, têm-se limitado a afirmar o caráter fático-axiológico-normativo do direito (...), não só para esclarecer e determinar melhor velhos problemas, como também para situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo. A rigor, só e enquanto se coloca a tridimensionalidade nesse contexto problemático, é que se pode falar, propriamente, teoria tridimensional, cuja base inamovível não é uma construção ou concepção do espírito, mas o resultado da verificação objetiva da consistência fático-axiológica-normativa de qualquer porção ou momento da experiência jurídica oferecido à compreensão espiritual.¹⁹⁹

O que advém da tríade de Reale é o objeto de proteção das normas que não pode ser configurado apenas como situações fáticas dos enunciados empregados na norma, mas sim pelo valor abarcado, protegido por ela.

Não convém aqui tratarmos sobre forma pormenorizada da Teoria da Tríade Jurídica, o que abarcaria capítulos e muitas páginas de estudo, convém aqui traçarmos somente algumas das características da referida Teoria.

Conforme dito acima a norma jurídica não deve proteger somente o que está concretamente enfatizado em seu sentido literal e inerte, deve a norma também proteger outros determinados fatos devido a um valor positivo a eles conferidos, ou seja, “o que se protege não é um fato isolado, mas um valor inerente à situação mencionada pela norma, seja ela constitucional ou inconstitucional.”²⁰⁰

Esta Teoria procura abarcar três elementos: fato (abarcado pela norma), valor (justificação da proteção pela norma) e a norma (fase de instrumentalização), sendo que a norma jurídica decorre de um fato valorado, ou seja, a norma não pode abarcar fatos cujo conteúdo não possua elemento axiológico, positivo ou negativo,

¹⁹⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. revisada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

²⁰⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008, p. 126.

pelo legislador; assim podemos chegar a base da teoria que se compõe da seguinte maneira: fato + valor = norma. Assim fica claro demonstrar que “é o valor da norma jurídica o objeto protegido por esta, e não uma situação fática desprovida de qualquer valoração.”²⁰¹

Daí podemos retirar que as situações que se criam cotidianamente e que as que surgem pelo passar dos anos, faz com que o legislador crie normas para que se estabeleçam as regras para sua convivência social, melhor dizendo, que não cause conflitos. Em detida observação a respeito da existência, validade e eficácia, o professor Luís Roberto Barroso nos ensina que:

As regras de direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. O Direito elege determinadas categorias de fatos humanos ou naturais e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. **A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico.** Identificam-se, por conseguinte, como penalidades próprias e diversas o mundo dos fatos e o mundo jurídico.²⁰² (grifo nosso)

O que podemos retirar da citação acima transcrita é o fato de que se existe uma situação apenas no mundo fático e o seu conteúdo pode ser compreendido pelo valor de uma norma, e.g. por analogia, então significa que este fato deixa de ser somente apenas uma situação fática e passa a se sobrepôr ao grau de fato jurídico. Daí podemos aplicar o caso das relações homoafetivas, que são consideradas como situação abrangente pelo mundo dos fatos sem convergência desta em suporte normativo, sendo que a partir do que foi explicitado, tais relações deixariam de existir somente no mundo fático e passariam a englobar o mundo jurídico.

Embora muito já se saiba que as relações homoafetivas passaram a abarcar o mundo jurídico, garantindo direitos como, e.g. adoção, sucessão, plano de saúde, o reconhecimento da eficácia da norma-princípio da dignidade da pessoa humana continua apenas no mundo “superficial” ou melhor no plano das “idéias”.

²⁰¹ Ibidem, p. 128.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição brasileira*. 6ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

Portanto, o que podemos dizer deste princípio é que em sua essência, possui plena eficácia no mundo axiológico, contudo, posto no âmbito fático-jurídico, este princípio não é tão eficaz, apenas aplica-se aos fatos a ele relacionados, não possuindo, desta forma, eficácia plena, no amplo sentido do termo, nem mesmo consegue chegar ao âmbito do plano de validade da norma existente e eficaz.

Na melhor compreensão, a falta de eficácia pode levar ao entendimento de que os aplicadores do direito e os governantes não estejam adstritos à Constituição Federal. Neste sentido, a professora Ana Paula de Barcellos, relata que:

Restringir a eficácia jurídica possível dos princípios constitucionais em questão às modalidades interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso²⁰³ é admitir que os governantes não estão vinculados à norma constitucional de forma relevante, podendo simplesmente ignorar seus comandos sem qualquer consequência jurídica.²⁰⁴

É a partir deste ponto que passamos a discutir se a norma tem ou não eficácia, então primeiramente devemos conceber qual é o seu conceito aplicável dentro do mundo jurídico. Eis então o conceito que passamos a trabalhar:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (...) a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica.²⁰⁵

Portanto, eficácia é aquele dado conceito que garante a norma jurídico-constitucional e infraconstitucional que, quando de sua aplicação possa ser aplicada a todas e quaisquer situações postas na norma e assim poder a partir de sua aplicabilidade, garantir que se dê àqueles que pleiteiam o direito, a obter um mínimo de validade de seu direito posto pela norma.

²⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.204-205.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 66.

Assim podemos dizer que quando a norma atinge seu efeito quando esta garantiu um mínimo de sua eficácia, de outro modo, podemos demonstrar que: norma = existência + validade + eficácia = produção de efeitos. E quando a norma não produz efeitos é ineficaz, ou a norma pode existir e ter validade e não ter nenhuma eficácia?

A norma quando colocada na órbita do mundo jurídico sempre é pensada pelo legislador para produzir efeitos, ou se não, para que serviria o trabalho do legislador de criar uma lei apenas por criar? Não seria coerente e muito menos sensato, servir-se do aparato legislativo para criar leis que não produzam sequer um efeito. É ilógico. Qualquer norma produz um efeito, por menor que seja, pois, uma norma, não existe apenas por existir, ela tem que produzir algum efeito, mesmo que seja negativo.

Neste ponto, trazemos a norma-princípio da dignidade da pessoa humana que, possui todos os requisitos para aplicação dentro do ordenamento jurídico, contudo, o que passamos a demonstrar a partir de agora é que, embora a norma da dignidade da pessoa humana exista, seja válida, ela não é eficaz quando se trata das relações homoafetivas, pois, ao omitir-se o legislador ou não reconhecer direitos a estas relações é o mesmo que negar a existência da norma e portanto, a eficácia da mesma.

Dizer que a norma da dignidade da pessoa humana simplesmente não é eficaz quando se trata das relações homoafetivas é muito simples, todavia, o problema envolve muito mais do que uma simples análise de existência, validade e eficácia, pois, a discussão abrange também a classificação da norma da dignidade, se ela é auto-aplicável, se é de eficácia contida, limitada, e a partir daí veremos os efeitos que ela produz dentro do campo das relações homoafetivas.

Partindo do ponto que não existe apenas um tipo de eficácia²⁰⁶, ou seja,

²⁰⁶ Este entendimento é do professor José Afonso da Silva que é apontado em seu livro Aplicabilidade das normas constitucionais.

além da eficácia no mundo jurídico, ainda há a eficácia social²⁰⁷, que estabelece os parâmetros de aceitabilidade daquela norma dentro do comportamento da sociedade. Desta forma, uma norma pode ser eficaz dentro do mundo jurídico e não ser eficaz no meio social, pode produzir efeitos somente em alguns setores da sociedade e em outros ser completamente ineficaz, ou vice-versa, a norma pode ter plena eficácia dentro da sociedade e não produzir nenhum (ou pouco) efeito no campo jurídico, chegando ao ponto de ser retirada do âmbito de abrangência se não houver complementação dos pólos de aplicação (eficácia jurídica e eficácia social).

Se a norma da dignidade da pessoa humana, possui eficácia jurídica e não possui eficácia social, como no caso das relações homoafetivas, podemos dizer que esta norma é ineficaz?

A norma da dignidade da pessoa humana, enquanto norma-princípio assim estabelecida pelo constituinte deve possuir plena eficácia de seus efeitos, ou seja, os princípios estampados na Constituição são de aplicabilidade plena e imediata não se restringindo a qualquer discricionariedade do legislador ou do aplicador, quando se referir a aplicação mínima de um estado essencial do ser humano que é a dignidade.

Então o princípio da dignidade deve ser aplicado a todos indistintamente, sem haver ponderação de valores que possam levar a discriminações ou atentados contra direitos outros, nisso incluem-se as relações homoafetivas.

Se a norma da dignidade da pessoa humana possui eficácia plena então por que não se aplica ao caso das relações homoafetivas?

Para resolver esta questão – e após estes breves apontamentos – retomamos ao ponto da classificação das normas constitucionais e os efeitos que

²⁰⁷ José Afonso da Silva relata em seu livro que quando se trata das normas jurídicas, deve se levado em conta a sua eficácia social, ou seja, sua efetividade, pois, o resultado (ou objetivo final) da norma é o controle social que ela pretende, diferentemente da eficácia jurídica que é apenas a possibilidade que o controle social venha a acontecer. In: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 66.

cada uma produz e para tanto nos valem dos ensinamentos do professor José Afonso da Silva.²⁰⁸

Para tratarmos da classificação das normas quanto ao campo da sua eficácia e aplicabilidade, vamos dividi-las em normas *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*.²⁰⁹ As primeiras dizem respeito às normas auto-aplicáveis e as segundas as normas não auto-aplicáveis.

Diante deste panorama podemos dizer que as normas auto-aplicáveis são dotadas de auto-executoriedade, ou seja, não necessitam de outra norma para ser aplicada e produzir efeitos; aplica-se indistintamente a todas as situações que por ela possam ser abrangidas. Ou seja, são àquelas normas desde logo aplicáveis, pois, estão revestidas de plena eficácia jurídica.²¹⁰

Neste diapasão trazemos então a afirmação que o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios garantidores dos direitos e garantias fundamentais são auto-executáveis (possuem plena eficácia jurídica). Será? Vejamos.

Se a norma-princípio da dignidade da pessoa humana possuísse plena eficácia jurídica, então poderíamos aplicá-la a todas as situações que possam ser abarcadas por seu conteúdo essencial, em outras palavras, se a dignidade da pessoa humana fosse realmente de plena eficácia então não precisaríamos da atuação do legislador para criar outros mecanismos jurídicos para “fazer valer” um direito que já está assegurado pela dignidade da pessoa humana, embora, necessite de uma interpretação mais abrangente.

Contudo, embora os princípios constitucionais e o princípio da dignidade

²⁰⁸ Embora haja outros doutrinadores que também falam sobre o tema, preferimos adotar aos apontados do referido autor que traz, quanto à eficácia das normas constitucionais, a classificação de normas *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*.

²⁰⁹ Esta classificação utilizada pelo professor José Afonso da Silva, veio da doutrina e jurisprudência norte-americanas e o primeiro jurista a utilizar e comentar esta classificação foi Ruy Barbosa.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 74.

da pessoa humana sejam, na teoria, normas de aplicabilidade imediata e eficácia plena (*self-executing provisions*), não é certo que esta afirmação seja concebida no âmbito das relações homoafetivas, pois, embora a dignidade da pessoa humana seja aplicável a todos no âmbito jurídico e seja também considerada como valor imanente de cada ser humano, quando se trata de relações de pessoas do mesmo sexo a situação se inverte.

É o mesmo que dizer que a dignidade da pessoa humana é de eficácia plena quanto à situação “A” – casais heterossexuais -, pois possui o requisito “X” de validade – duplicidade de sexos, contudo, não se aplica à situação “B” – relações homoafetivas -, pois, não possui o requisito “X ou Y” de validade – duplicidade de sexos e omissão legislativa, enveredando, deste modo, a duplicidade de classificação em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Se a dignidade da pessoa humana não possui eficácia plena quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo, então podemos dizer que esta norma é uma *not self-executing provisions*? Não existe um meio-termo²¹¹ (uma classificação exata) que se possa dizer que uma norma é ao mesmo tempo *self* e *not-self executing*; contudo, quando se trata da norma da dignidade da pessoa humana no trato dos casais homoafetivos a situação se inverte, pois, para tantas outras situações esta norma é aplicável e pode produzir todos os efeitos desejados pelo legislador, e não ser aplicável e não produzir nenhum efeito quando se trata das relações em comento.

Também não devemos nos olvidar que as normas-princípios possuem uma abrangência muito grande, o que pode acabar comprometendo a produção de seus efeitos²¹², contudo, embora convincente que a norma-princípio da dignidade da pessoa humana seja de caráter demasiadamente abrangente²¹³ – aplicável a todas

²¹¹ Este é o nosso entendimento.

²¹² “(...) uma das primeiras dificuldades das normas-princípios consiste precisamente em determinar, em toda a extensão, o efeito que elas pretendem produzir, bem como os meios para alcançá-los.” In: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

²¹³ Embora com conteúdo abrangente e subjetivo, a norma-princípio da dignidade da pessoa humana, como toda a norma desse caráter possui um conteúdo determinável que pode ser auferido pelo

as situações que com ela sejam compatíveis – ainda não é a resposta adequada para respaldar a ineficácia da dignidade da pessoa humana.

Passado este tema da classificação da norma, outro ponto que pode nos levar a indagar que o fato das relações homoafetivas não ser agraciada pela eficácia da norma da dignidade da pessoa humana, é o fato da omissão do legislador, que não estabeleceu normas para as relações homoafetivas.

A falta de regulamentação por parte do legislador pode ser uma das causas da falta de eficácia dos atos praticados das situações que não são regulamentadas pela norma jurídica. Mas não é somente este problema. Muitos outros advêm deste problema principal.

Se a regra posta na norma constitucional garante como princípio e fundamento basilar da Carta Constitucional a dignidade da pessoa humana, por que ainda se tem situações que não são regulamentadas pelo legislador ordinário? Desconhecimento de tais situações não é a resposta. O conhecimento é pleno, o que falta é a coragem de muitos legisladores e doutrinadores em debater o tema de forma a garantir direitos àqueles que são minorias e não possuem sequer reconhecimento e conhecimento por parte destes.

Contudo, este é um problema que não será discutido neste tópico, sendo analisado em tópico específico acerca da omissão legislativa. Portanto, voltamos a discussão acerca da eficácia da dignidade da pessoa humana em face das relações homoafetivas.

Também no sentido do tratamento da eficácia e da aplicabilidade da norma-princípio da dignidade em face das relações entre pessoas do mesmo sexo,

legislador. Para balizar este entendimento, trazemos os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Ana Paula de Barcellos, onde aquele relata que: “(...) *tem-se que aceitar logicamente, por uma irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim, têm um algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras.*” *Apud*, ibidem, p. 166.

nos deparamos com a afirmação que *“todas as normas constitucionais possuem eficácia, independente de sua natureza.”*²¹⁴

Daí advém o problema: se todas as normas constitucionais (e seus princípios) são auto-aplicáveis (eficácia plena) então podemos dizer que a dignidade da pessoa humana pode-se aplicar a todas as situações independentemente de qualquer requisito, haja vista o teor de sua natureza. Ainda mais, se todas as normas constitucionais são de eficácia plena, então a sua natureza pode ser considerada de norma coercitiva (*jus cogens*²¹⁵), que impõe abstenção ou ação das partes.

Então se uma norma é auto-aplicável e possui natureza cogente, então significa que a norma-princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicada às relações homoafetivas e por conseqüência pode ser reconhecida esta união no âmbito jurídico. Entretanto, não podemos assim afirmar, pois, embora as normas constitucionais possuam eficácia plena, nem a todas as normas pode-se aplicar tal afirmação²¹⁶.

Para fazermos esta afirmação temos antes que dizer que

(...) a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.²¹⁷

A proposição que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e devem ser aplicadas quando requeridas, deve ser tida da seguinte forma: nem todas as normas constitucionais possuem eficácia imediata, dependendo, em alguns casos de normatização ulterior.

²¹⁴ Ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2007.

²¹⁵ “As normas constitucionais pertencem essencialmente ao *jus cogens*. Isso é ponto pacífico.” In: *Ibidem*, p. 71.

²¹⁶ Em sentido contrário: “Todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático.” In: *Ibidem*, p. 80.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

Derradeiro então, considerarmos que, por mais que tenha o legislador querido que determinada norma gerasse efeitos plenos, esta, pelo contrário, não consegue, diante de seu âmbito de plenitude, surtir os efeitos desejados.

Então, podemos assim dizer que uma norma pode ser aplicada a diversos outros casos compatíveis e não somente a um determinado caso, e mesmo assim ser eficaz – aplicável e não ser eficaz? Diante de tudo que já foi dito alhures, podemos dizer que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz”.²¹⁸

Se pela afirmação acima uma norma somente pode ser considerada como aplicável se for eficaz, então, podemos assim concluir que, como sendo a norma-princípio da dignidade da pessoa humana uma norma não eficaz, então esta norma também não é aplicável, ou seja, não tem aplicabilidade perante os casos que se apresentam perante esta. Ou seja, se a norma da dignidade da pessoa humana, ou qualquer outra norma, não possui os requisitos essenciais para que surta efeitos no mundo jurídico, então esta norma é carente de eficácia e portanto, também de aplicabilidade. A aplicabilidade, por conseguinte, é a “(...) possibilidade de aplicação. E para que haja essa aplicabilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.”²¹⁹ Conclusão: a norma-princípio da dignidade da pessoa humana não é aplicável às relações homoafetivas, haja vista, não possuir eficácia.

Neste ponto também é interessante e também umbilicalmente ligado ao tema, a questão da integração da norma jurídica como condição para eficácia desta. A questão da integração da norma é geralmente tratada no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil de 2002 - LICC²²⁰, contudo, também há outros dispositivos que tratam do tema da integração, contudo, neste ponto nos ateremos somente ao art. 4º da LICC.

²¹⁸ Ibidem, p. 60.

²¹⁹ Ibidem, p. 60.

²²⁰ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

Ao dispor a lei civil que quando não houver lei ou quando não houver na lei o tratamento de uma questão que deveria ter sido tratada, o juiz simplesmente não pode deixar de julgar a questão por considerar que sua atuação esteja estritamente vinculada ao que esteja escrito na lei. Pelo contrário, a omissão legislativa não é respaldo para que se baseie o juiz na inaplicabilidade de julgamento de um caso – considerando o mesmo sem julgamento de mérito – deve o mesmo analisar a questão e pelas formas de integração, fazer com que o pleito requerido seja devidamente julgado, pois, a prestação jurisdicional é obrigação do Estado.

A questão da norma integrativa é uma questão fácil de ser compreendida, por conseguinte, não carece aqui de maiores esclarecimentos, e para que haja total entendimento deste ponto, trazemos dois julgamentos: o primeiro que ao julgar o caso de reconhecimento das relações homoafetivas, julgou improcedente o pedido por considerar que o Código Civil e a Constituição Federal são omissos quanto ao tema, portanto, não poderia, ser reconhecido e o segundo que traz a questão do reconhecimento das relações homoafetivas como união estável utilizando a forma integradora da analogia.

CASO 01:²²¹

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. Relacionamento homoafetivo – União estável não configurada – **Ausência de encaixe na conceituação legal de entidade familiar – Inteligência das regras contidas no art. 226, § 1.723 do Código Civil de 2002** – Caracterização de mera sociedade de fato²²² – Aplicabilidade das regras do direito das obrigações – Incompetência das Varas de Família. 2. Conflito provido, declarando-se competente o juízo da 27ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Conflito de competência cível 885553200580600000. Relatora:

²²¹ Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Disponível em: <http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

²²² Ainda existem decisões que insistem em dizer que as relações homoafetivas são meras sociedades de fato, equiparável obrigações firmada por contrato, contudo, já se tem bastante discutido que esta idéia não mais pode persistir. Trazemos pequeno trecho de um artigo, que relata acerca da incompatibilidade de se considerar as relações homoafetivas como sociedade de fato: “*Sócios não são herdeiros, sócios não podem ser incluídos no plano de saúde um do outro, não têm direito ao recebimento de pensão no caso de falecimento de um deles. Companheiros que partilham o cotidiano, na sua intimidade, definitivamente não são sócios. E mesmo que os resultados sejam os mesmos no momento da partilha de bens, nega-se o direito à igualdade e à dignidade. E isso não se pode admitir.*” In: AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *União homossexual não pode ser tratada como sociedade comercial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-31/uniao-homossexual-nao-sociedade-comercial>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

Edite Bringel Olinda Alencar. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Cível
Data de registro: 20/07/2006.(grifos nossos)

CASO 02: ²²³

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. **O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.** Embargos infringentes acolhidos, por maioria. El 70003967676 (grifo nosso)

A partir da colação dos dois julgamentos supracitados percebemos claramente o abismo que existe entre um e outro.

O primeiro considerou que não podia julgar o caso devido à ausência de regulamentação trazida pela Constituição Federal e pelo Código Civil, o que é evidentemente, afronte aos procedimentos tidos como necessários para integrar a norma quando a mesma for omissa. Neste sentido, seria muito fácil o trabalho do juiz ao proceder ao julgamento de um caso e simplesmente negar um direito pelo mesmo não estar disposto em nenhum lugar – caso omissis-. Dessa forma, o trabalho do juiz seria somente ler a “lei seca” não se valendo dos conhecimentos precípuos do direito, fazendo a solução dos casos da seguinte forma: não aplico o direito “X” – reconhecimento das relações homoafetivas – pois, a lei “Y” – Constituição e Código Civil - não diz (em) nada a respeito, e portanto, se a lei não diz nada, então não posso atuar/julgar. Vemos, portanto, que a conduta é completamente contrária ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A respeito da atividade do juiz, transcrevemos ensinamentos da professora Ana Paula de Barcellos:

²²³ Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

(...) mesmo supondo a interpretação como um processo de subsunção simples, isto é, a aplicação da premissa maior (norma jurídica) sobre a menor (circunstância fática), sempre caberá ao intérprete escolher qual a premissa maior pertinente ao caso, afastando outras, e determinar seu preciso sentido e alcance. Cabe-lhe também fazer a seleção dos fatos relevantes, que haverão de compor a premissa menor. Não é difícil perceber, e.g., que a definição dos fatos, assim como acontece com a interpretação do sistema jurídico propriamente dito, poderá envolver uma escolha determinante para o resultado final.

Mais que isso, a verdade é que essas decisões que vão sendo tomadas pelo intérprete ao longo do processo de interpretação são determinadas por circunstâncias as mais variadas, desde opiniões e preconceitos puramente pessoais, dos quais ninguém é capaz de se livrar, até concepções diversas da finalidade da ordem jurídica como um todo ou de parte dela.

Assim, e.g., não é incomum que, ao avaliar os pressupostos processuais e condições da ação de determinada demanda, e apresentando-se dúvida consistente, a admissibilidade da ação acabe por ser definida pelo volume de trabalho que já aguarda o magistrado no cartório, aplicando-se a lógica restritiva na tentativa de reduzir os processos em andamento. Ou, ainda, que o juiz decida a questão tendo em vista a relevância que ele, pessoalmente, atribui ao conflito, nada obstante a importância que sua solução possa ter para as partes.

As escolhas poderão variar também uma vez que o intérprete encare a norma jurídica, e.g., como um meio de promover a segurança jurídica como valor fundamental ou, ao contrário, de realizar justiça acima de qualquer outra consideração. O mesmo acontecerá especificamente na interpretação dos direitos fundamentais, se o intérprete, e.g., visualiza a intervenção do Estado como limitadora do status de liberdade individual original.²²⁴

Já quanto ao segundo caso, este dispensa explicações, haja vista que o julgamento, considerou a analogia para considerar o reconhecimento das relações homoafetivas e desconsiderou a omissão trazida pela lei ao considerar que cabe à Justiça adequar o caso a norma regente.

Para este caso trazemos colação de acórdão em Recurso Especial relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no qual trabalha a questão do uso da analogia no caso das relações homoafetivas:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos

²²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143-144.

contidos nas ações principal e cautelar.² O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.³ **A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.** **4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.** **5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.** **6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.** ^{5.} Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial 820.475, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento: 02/09/2008. – grifo nosso).²²⁵

O que queremos aqui apontar através dos casos supra mencionado é que o intérprete da norma deverá substituir concepções próprias de interpretação e aplicar os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, portanto,

(...) os elementos aleatórios (...) - diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o intérprete inevitavelmente se depara. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.²²⁶

Podemos assim divagar sobre o assunto que é extenso e complexo, mas vejamos: se um princípio não se restringe a nivelar cidadãos diante de uma norma posta, então por que ainda há desconhecimento de uma determinada situação perante o ordenamento jurídico? Se a própria constituição preceitua que não há hierarquia de princípios fundamentais, e sim mera distinção axiológica, não pode

²²⁵Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=820475&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

²²⁶ Ibidem, p. 146.

haver leis ou omissões de leis que sejam editadas em desconformidade com a isonomia plena.²²⁷

Ainda refletindo, ao lado da dignidade da pessoa humana, temos o princípio da igualdade, como princípio fundamental da Constituição, contudo, este também não é plenamente eficaz, embora seja norma de eficácia plena, sua validade e amplitude normativa ainda esta restrita às normas regulamentadoras que ainda não foram criadas.

Assim, ao passo que a igualdade não possui eficácia, quer pela falta de norma regulamentadora, quer pela falta de precisão de seu conceito, a dignidade da pessoa humana também encontra-se no mesmo caminho, ou seja, como já dito, embora norma de eficácia plena por ser fundamento constitucional, a sua validade e plena eficácia apenas se respaldam em divagações jurídicas.

Ao analisar a questão da eficácia e validade face às relações homoafetivas, também outros temas conexos necessitam de análise para compreensão do tema, entre eles o conteúdo da mutação constitucional.

Para simplificar o assunto colocaremos o conceito de mutação e rebateremos a situação atual face às uniões em destaque.

Mutação constitucional, segundo o professor Pedro Lenza, é o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e dos costumes

²²⁷ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p.09.

constitucionais.²²⁸ Assim, “Valores e normas sociais são modificadas, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.”²²⁹

Desta forma se o conceito de mutação constitucional aduz que com o passar dos anos, séculos há surgimento de novas relações e que a partir destas, novas interpretações surgem a partir do texto constitucional, averigua-se que a mutação constitucional, em tese, não é no todo aderida, em face das diversas situações que surgiram, contudo, por quase unanimidade, não existe novo entendimento nem legislação acerca do assunto, ou seja, há inércia do Judiciário e do Legislativo, pois, “As uniões homossexuais não são uma novidade, mas sua visibilidade sim, o que, na prática, as trasmuta em fatos novos. E, como tudo o que é novo, sofre resistências.”²³⁰

Se a mutação se refere a fenômenos que aparecem e reaparecem e desaparecem do ordenamento, não há que se questionar que as relações homoafetivas também possam ser tidas como objeto de sua apreciação, pois, não há nenhum óbice legal para tal.

Os valores dominantes em cada momento histórico possuem um sistema de exclusões baseado em preconceitos dominantes. Há uma inclinação ao desagrado e uma desconfiança em relação ao diferente ou ao incomum, o que acrescenta certa força visceral à crença de que a verdade está implícita no sentido da maioria.²³¹

Assim, como já dito, quando o legislador constituinte designou na norma constitucional a aplicabilidade de princípios e fundamentos supremos a todas e quaisquer situações, podendo ou não estar disposta no texto constitucional, mas aplicáveis a todas elas, este, o legislador por meio de seu conceito amplo de dignidade da pessoa humana, tentou através de um texto não restritivo, colocar a abrangência de todas as situações possíveis, contudo, “muitas vezes, os meios técnicos não alcançam os resultados previstos; o legislador pensa atingir um fim,

²²⁸ *Apud*, NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Mutação constitucional e STF. Limites*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a justiça*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

²³⁰ *Ibidem* p. 28.

²³¹ *Ibidem*, p. 27-28.

mas a lei fica a meio do caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado.”²³²

Averigua-se que, embora o legislador constituinte tivesse a concretização de todas as normas postas na norma constitucional, ou seja, tenta lograr êxito na consecução de seu trabalho, este tem a intenção de que ao menos a norma seja válida e eficaz a fim de cumprir o disposto na norma, neste sentido, ainda ensina o professor Reale²³³

(...) ora, se o Direito nem sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário, ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo. Pouco importa que não se alcance êxito; o que importa é que se incline à realização do just.

Portanto, contrapondo o que dispõe o eminente professor, entendemos que a norma para alcançar a eficácia de seu fim proposto, deve, além de considerar o caráter justo e legal desta, deve alcançar o fim a que foi proposto, assim, se uma norma, procura ser justa, mas na em sua aplicação não foi alcançado o fim a que foi proposto, esta norma não se põe a execução no plano da efetividade.

Entendemos que se a norma aplica-se somente a critérios de base subjetiva como, no caso, o critério da justeza, então, não haveria necessidade de se exigir critérios de razoabilidade e proporcionalidade na interpretação de valores axiológicos da norma constitucional.

Além do caráter subjetivo e jurídico da norma constitucional, esta deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir que a partir de sua aplicação e interpretação, a ocorrência de um desvalor. Ou seja, quando o legislador se propõe a debater sobre um assunto, este debate não é proposto sem um fim específico, nem há no mundo da ciência jurídica nada que não seja qualificado com validade, a não ser que complete ao fim a que foi proposto, sendo ainda que o Direito é um meio proposto para a realização dos fins necessários à vida ou por ela relacionados.

²³² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998, p. 592.

²³³ *Ibidem*, p. 592-593.

Ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, o constituinte, tentou abrigar, não somente o caráter jurídico da norma, mas como também todas as formas de caráter social e político que pudesse dentro dos limites amplos a que se propôs a norma ter eficácia e validade dentro de todas as relações a que se dispôs a ciência do direito a legislar sobre.

Desta forma, não há que se negar que a mutação constitucional, esta ainda nasce a passos lentos dentro do ordenamento face às relações entre pessoas do mesmo sexo; não há entendimento pacificado da norma constitucional a respeito do tema, por ainda ser considerado fato novo, ou por ser considerado como relações que afetam o sistema organizacional e político a que se propôs o Estado Brasileiro, que com certeza é uma visão conservadora, baseada em fatos principalmente religiosos, devido à cultura brasileira.

A eficácia da dignidade da pessoa humana não é plena, ainda há muito o que se buscar para se atingir o tom ideal posto pelo Constituinte de 1988, que garantiu na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento de eficácia a todas e quaisquer situações que advenham da vontade da Constituição.

3.1.3 A validade de exercício da dignidade da pessoa humana face a orientação sexual

Depois de discorrido sobre a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana em relação às uniões homoafetivas, necessário se faz agora, fazermos uma breve análise sobre a forma de exercício da dignidade da pessoa humana em relação às uniões em destaque.

Como já foi dito a dignidade da pessoa humana não possui eficácia plena, o que acarreta que o seu exercício esteja de todo modo prejudicado, não somente a situação em destaque, mas também no que se compromete o seu conceito.

O exercício da dignidade é algo imanente e subjetivo de cada pessoa, por isso, se diz que este princípio repousa na autonomia pessoal, isto é, na liberdade que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos.²³⁴

Por isso podemos dizer que o exercício de liberdade da escolha da orientação sexual de cada pessoa condiz ao seu livre exercício da dignidade, não podendo deste modo ser obstado em sua escolha no que se refere ao seu íntimo desejo.

Exercer a dignidade não é tão fácil quanto se parece no tocante às relações homoafetivas, isto porque, ao escolher orientação sexual contrária a determinada pelo Estado, o cidadão é preterido em ordem de direitos e garantias que são “garantidas” e regulamentadas para as relações que o legislador conveniuiu em destacar como “corretas” para exercício da dignidade humana em relação as entidades familiares.

O que se pode dizer é que existe uma “cortina” que tem o propósito de determinar as escolhas dos indivíduos no que tange às relações de cunho pessoal e afetivo, determinando, de certa forma, a idéia tradicional de “família”, de modo a negar todo e qualquer reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou uniões que não abarque a idéia de conjunto familiar formado por homem + mulher = filhos, como o destino certo de todos os indivíduos por estar conceituada na Carta Magna a instituição e proteção à família formada entre a união indissolúvel entre homem e mulher, o que fere o princípio do Estado Laico.²³⁵

O Estado Laico, estipulado no artigo 19, inciso I, da Constituição, preceitua:

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

²³⁵ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 643.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança (...) (grifos nossos)²³⁶

Assim como forma de garantir a liberdade religiosa de todo e qualquer indivíduo, o Estado Democrático de Direito não pode abarcar determinações que favoreçam determinada religião, o que no caso das relações homoafetivas, há a prevalência da maculada doutrina cristã, que desde a Antiguidade impôs seus dogmas e massacrou àqueles que se oponham a estes.

A vivência em um Estado Laico Democrático e de Direito garante a quem seja seu compatriota que, não se pode impor a quem quer que seja que siga determinada religião²³⁷, o que nos leva a outro basilar princípio da Constituição que ressalta que “ninguém é obrigado a fazer coisa se não em virtude de lei”. Ora, se ninguém está obrigado a fazer determinada coisa em detrimento de lei, por que ainda há a predominância do Estado em manter subordinação a Igreja Católica, abarcando todos os seus preceitos e determinações?

Se as pessoas possuem o livre arbítrio de suas escolhas, e mesmo assim encontram-se “vinculadas” às decisões “conveniadas” pelo legislador, então podemos afirmar que não há exercício do direito de igualdade e muito menos o direito ao exercício fundamental da liberdade individual da dignidade inerente à pessoa humana.

Ora se uma determinada pessoa deseja que seja reconhecida sua união com uma pessoa do mesmo sexo e lhe é informada que tal reconhecimento não é garantido por lei ou ainda que este reconhecimento enseja em violação aos

²³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 01 de junho de 2010.

²³⁷ MARTINS JÚNIOR, Adalberto César Pereira; FURLAN, Ana Carolina; PEREZ, George Uilson Pantaroto; DANTAS, João Paulo Serra. *O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: superando o positivismo jurídico e compreendendo o conceito de família para além da norma*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/adalberto_cesar_martins_junior.pdf Acesso em: 07 de junho de 2010.

preceitos da Igreja Católica²³⁸, então podemos concluir que a pessoa não pode tomar suas próprias decisões, não pode ter liberdade de escolha, o que nos leva a concluir que há uma verdadeira ditadura implícita sendo imposta por todos os lados dos Poderes Estatais ou de entidades não ligadas ao Governo, que insistem em calar a voz que emana da minoria, que insistem em “virar as costas” e não resolver o problema, e que ainda mais insistem em demonstrar que as relações homoafetivas “não existem”.

Desta forma, “A falta de reconhecimento legal de sua condição e de atribuição de direitos constituem cerceamento de liberdade, certamente uma das formas pelas quais a opressão pode se revelar.”²³⁹

O exercício da dignidade humana ainda muito se reflete na idéia fixa de que as relações homoafetivas ainda são tidas como “pecado”²⁴⁰, o que efetivamente não mais se coaduna com a realidade, pois, tal idéia, em tese, já foi retirada do

²³⁸ Em nota: A Igreja Católica é a maior precursora contra os casais homoafetivos. Para destacar trazemos notícia que foi veiculada no Jornal Folha de São Paulo, trazendo a enfática notícia “Homossexualismo tem laços com pedofilia”, com a seguinte informação: “*Em reação a acusações de pedofilia, o Vaticano divulgou diretrizes internas nas quais recomenda denúncia à Justiça, e seu número 2 afirmou que o comportamento não está ligado ao celibato, e sim ao homossexualismo. “Muitos psiquiatras mostraram que não há laço entre celibato e pedofilia, mas muitos outros demonstraram conexão entre homossexualidade e pedofilia”, disse Tarcisio Bertone, secretário de Estado do Vaticano.*” Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/inde13042010.shl>. Notícia veiculada dia: 13 de abril de 2010. Acesso em: 13 de abril de 2010. Dias após o Vaticano rebate as informações prestadas pelo cardeal Tarcisio Bertone, na notícia informa-se que: “*Após protestos de associações gays e governos de vários países, o porta-voz do Vaticano, Federico Lombardi, divulgou ontem um comunicado em que cita um estudo que “resulta simplesmente no dado estatístico” de que 60% dos 3.000 casos registrados pela Congregação da Fé desde 2001 envolvem ‘pessoas do mesmo sexo’.*”

O Vaticano, que tenta há semanas se defender das acusações de acobertar casos de pedofilia, preferiu desqualificar o cardeal Bertone como autor das declarações em vez de desmenti-las. ‘As autoridades eclesiásticas não se consideram competentes para fazer afirmações gerais de caráter psicológico ou médico, as quais cabem naturalmente ao estudo de especialistas e às pesquisas em curso’, diz a nota do porta-voz.(...) Lombardi também buscou minimizar o alcance das controversas declarações de Bertone e disse que ‘o cardeal evidentemente se referia à problemática dos abusos sexuais da parte dos sacerdotes, e não da população em geral’.

Disponível em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/4/15/vaticano-recua-sobre-laco-entre-pedofilia-e-gays>. Notícia veiculada dia: 15 de abril de 2010. Acesso em: 16 de abril de 2010.

²³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a justiça*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 32.

²⁴⁰ Em nota: para maiores esclarecimentos vide capítulo 01 deste trabalho.

entendimento dos aplicadores do direito, sobre o assunto *pecado versus relações homoafetivas*.²⁴¹

Ante estes apontamentos agora podemos destacar que ainda há muitos fatores discriminatórios que regem o ordenamento face às relações homoafetivas, contudo, não vamos aqui nos ater a estes aspectos o que resultaria a análise de preceitos, de gênero de uma determinada sociedade e que também já foram discutidos no capítulo 01 deste trabalho.

O exercício da dignidade da pessoa humana está ligado a cada indivíduo, a cada ser humano, a partir do nascimento, pois, é a partir do nascimento que o indivíduo carrega consigo os direitos imanescentes à sua personalidade e capacidade de adquirir direitos na esfera civil.

De acordo com o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (...), logo, a partir do momento em que o indivíduo nasce, este está equiparado em esfera de direitos e garantias estipulados pela lei.

Assim, o exercício da dignidade da pessoa humana já nasce com a vida, sendo imanescente à cada indivíduo o seu exercício, sendo que, a vedação ao livre exercício da dignidade da pessoa humana infringe um direito da personalidade do

²⁴¹ A idéia de pecado, como dito acima, não mais sobrevém ao nosso ordenamento jurídico, como fator de discriminação das relações homoafetivas, contudo, no meio social pode-se determinar que a disseminação da idéia de pecado relacionado às uniões em destaque ainda são muito disseminadas entre as igrejas católicas como as evangélicas. A base de considerar as relações homoafetivas como pecado deve ser rechaçada pelo fato de que em obediência ao princípio do Estado Laico, não pode o Estado basear seus atos em atendimento às concepções religiosas, mesmo que seja a maioria, pois, estaria deste modo, a ferir o direito de escolha, o direito de igualdade daquelas pessoas que com àquela determinada religião não coadunam, desrespeitando deste modo, um direito fundamental. Nesse contexto religioso podemos lembrar que a própria Igreja Católica que hoje, tanto protege os direitos humanos fundamentais, cometeu as mais repugnantes barbáries contra àqueles que ousavam não concordar com seus dogmas, conforme transcrevemos abaixo: *“Em nome do bem maior, pessoas de várias classes e estamentos, cientistas etc. foram queimados nas fogueiras. Em prol da existência de uma única religião, torturas e mais mortes foram praticadas. Em nome da cor da pelo ou por qualquer outro motivo, o mesmo: mais atrocidades.”* In: NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

indivíduo. “A dignidade nasce com a pessoa. É lhe inata. Inerente à sua essência.”²⁴²

Portanto, advém a idéia de que se há violação da personalidade da pessoa também haverá violação da dignidade da mesma e o mesmo vice-versa, pois, assim, como a dignidade humana a personalidade não é um direito objetivo, mas sim uma aptidão que todo indivíduo possui, “é uma parte juridicamente intrínseca, permitindo que o titular venha a adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses.”²⁴³ Mais do que isso, a personalidade é um valor jurídico, que não pode ser retirado do indivíduo, a não ser os casos objetivos trazidos na lei de regência.

Buscando o exercício de sua dignidade como pressuposto constitucional, a pessoa busca através do direito de sua personalidade, garantir que o direito que a sua livre escolha da determinação sexual seja respeitada.

Trata-se, portanto, a personalidade como um direito que garante ao indivíduo a ponderação de seus valores, a escolha do que é certo ou o que é errado, a escolha de seus desejos, anseios, sem qualquer objeção privada, por conseguinte, também podemos inferir que o exercício da personalidade como pressuposto da dignidade dá ao indivíduo ampla liberdade de escolha de seus direitos, inclusive no que tange à sua orientação sexual.

(...) na necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota na possibilidade de o titular ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁴⁴

Desta forma, a livre escolha da pessoa em designar qual a sua orientação sexual, está a pessoa a exercer o livre exercício da dignidade humana, pois, no que tange às escolhas pessoais do indivíduo, o Estado e o legislador não pode inferir nem interferir.

²⁴² Ibidem, p. 49.

²⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3ª ed. atualizada. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2005, p. 98.

²⁴⁴ Ibidem, p. 98.

Assim, “A autodeterminação sexual do indivíduo é um direito humano por excelência que está sustentado, entre outros, pelo direito à dignidade, à liberdade, à felicidade e à tolerância (...)”²⁴⁵

Qualquer direito imanente ao ser humano não pode ser vedado o seu exercício de qualquer forma pelo legislador, de forma a consubstanciar em perda do exercício da dignidade imanente ao ser.

Ou seja, não pode o legislador destacar características negativas-vedativas ao exercício da dignidade humana ao fim de interferir em outros direitos imanentes ao ser, como o direito de livre escolha e o direito de igualdade.

Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.(...) Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade.²⁴⁶

O legislador constituinte baseou os preceitos na Constituição a fim de assegurar a todos os indivíduos, o mínimo possível para que se possa viver com dignidade, sendo que a interferência no pouco que já é possível pode levar a uma omissão legislativa ou em inconstitucionalidade.

Não é de outro modo, que o exercício da dignidade também é um modo de exercer o direito à cidadania, ou seja, podemos dizer que a dignidade é um reflexo da cidadania, pois, esta, também é um direito de cada ser humano e pressuposto intrínseco do Estado Democrático de Direito.

Tanto é que destaca-se no preâmbulo da Carta Magna o comprometimento do Estado na garantia dos pressupostos mínimos para o pleno exercício da cidadania em prol da dignidade.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 63.

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

Este fato alicerça-se nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que encontra no rol do art. 1º da CF/88²⁴⁷, a cidadania juntamente com a dignidade.

Dalmo Dallari nos traz a seguinte menção acerca da cidadania:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.²⁴⁸

Portanto, vemos que a cidadania, é muito além de um direito que está garantido na Constituição; é a possibilidade de se integrar o indivíduo no grupo social sem ser excluído dos benefícios e direitos que lhe podem ser proporcionados. Contudo, embora vivamos em Estado Democrático de Direito, o exercício e a construção da cidadania e da dignidade não é algo tão natural como assim desejou o constituinte de 1988; ambos direitos devem ser respaldados na construção de uma nova consciência e a convivência no meio social.

Construir cidadania é também construir novas relações e consciências. A cidadania é algo que não se aprende com os livros, mas com a convivência, na vida social e pública. É no convívio do dia-a-dia que exercitamos a nossa cidadania, através das relações que estabelecemos com os outros, com a coisa pública e o próprio meio ambiente. A cidadania deve ser perpassada por temáticas como a solidariedade, a democracia, os direitos humanos, a ecologia, a ética.²⁴⁹

Calcado também está o exercício da dignidade como pressuposto do exercício de liberdade, pois, o livre arbítrio é essencial a estabilização da democracia, haja vista, que a livre escolha de cada indivíduo deve-se basear em pressupostos mínimos de sua vontade, desde que este não interfira, proporcionalmente em direito alheio.

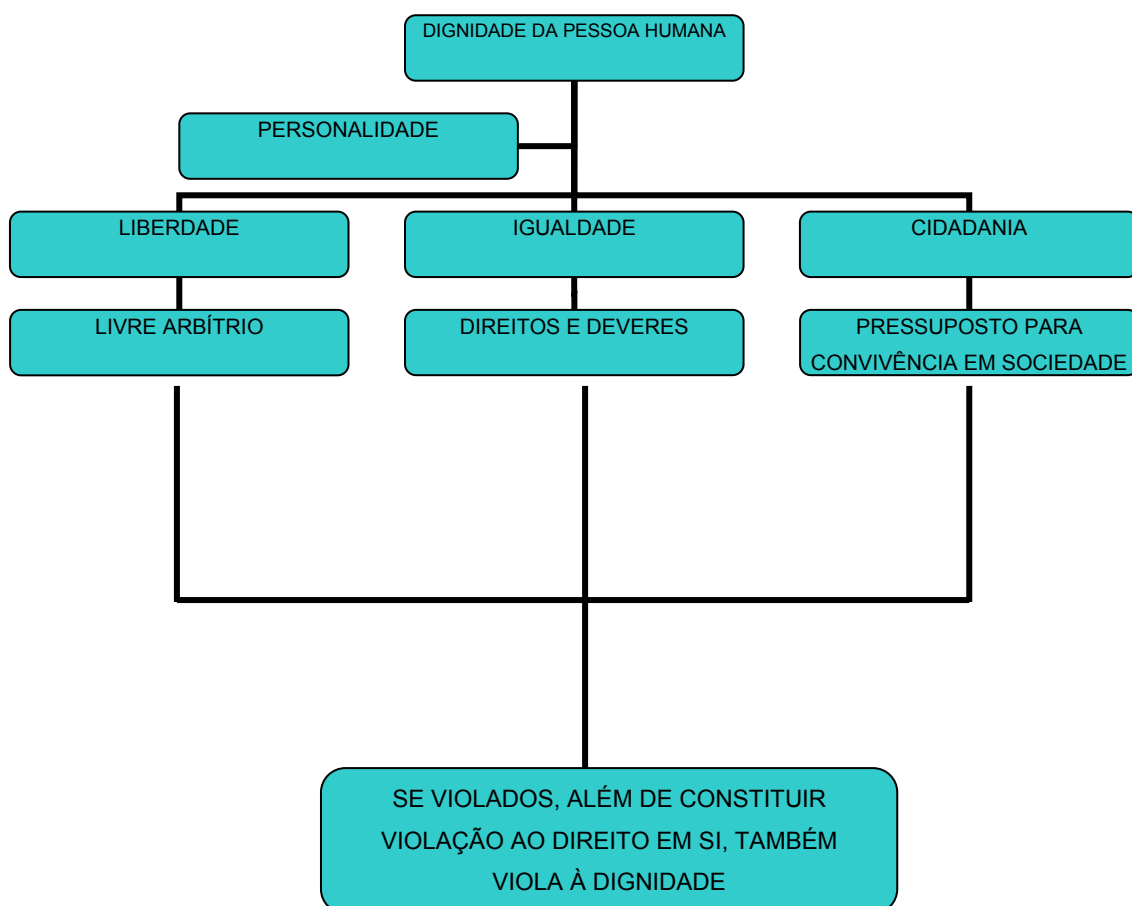
²⁴⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de junho de 2010.

²⁴⁸ *Apud*, In: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html. Acesso em: 04 de junho de 2010.

²⁴⁹ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html. Acesso em: 04 de junho de 2010.

Assim, o direito da liberdade baseia-se na vontade de cada indivíduo escolher como será exercida suas vontades, entre eles, a escolha de sua orientação sexual, pois, esta, é pressuposto de existência da própria pessoa sendo que se retirada, o indivíduo não consegue exercer sua dignidade.

Então podemos assim dizer que o não exercício da liberdade, da igualdade e da cidadania²⁵⁰ enseja violação da dignidade, formando-se assim, um tripé de direitos ligados à dignidade e a violação decorrentes destes ensejaria tanto a violação de seu próprio âmbito de proteção quanto do âmbito da dignidade humana. Demonstraremos abaixo, o tripé de direitos da liberdade, igualdade e cidadania, como pressupostos da dignidade.



²⁵⁰ Em nota: O autor Jorge Medeiros entende que a violação decorrente do exercício da cidadania traz juntamente com esta a violação da autonomia pública e privada do cidadão, o que reflete diretamente no princípio da igualdade. In: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTR, 2008, p. 32.

Desta forma,

(...) é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as conseqüências normalmente atribuídas a esse status. E não de forma clandestina.²⁵¹

Podemos dizer que a vontade do legislador constituinte foi buscar embasar o exercício dos direitos fundamentais a uma determinada segurança jurídica, sendo que a interferência ou o não exercício de um direito fundamental pode abarcar o rompimento desta.

O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como previsibilidade de condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança, o que abarca diretamente as relações homoafetivas.²⁵²

Assim podemos dizer que se é possível interpretar a norma de forma a garantir o exercício da dignidade humana e desta forma também garantir a segurança jurídica do ordenamento, e que qualquer outro fundamento de ordem constitucional que se oponha a segurança, então esta interpretação será contrária à Constituição, pois, afeta frontalmente o bem jurídico tutelado pela norma.

O princípio da segurança jurídica está relacionado às perspectivas jurídicas das posições que o indivíduo vá a assumir em face de suas decisões. Assim, o exercício da dignidade como fator da segurança que é imanente a todo ser

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

²⁵² Ibidem.

humano, deve ser garantido com preponderância da segurança que foi garantida pelo Estado.

Mesmo que os direitos fundamentais não sejam absolutos, não devemos entender que decisões possam ser determinadas sem o mínimo de fundamento e respaldo que afrontem os próprios direitos fundamentais.

O caráter de absolutividade dos direitos fundamentais, embora não seja pleno, pode ser exercido de forma absoluta na esfera de cada indivíduo, desde que não frustre a esfera de direitos de outro indivíduo.

Falar que os direitos fundamentais não são absolutos²⁵³, não é motivo para critérios infundados de discriminação, principalmente, no que tange à questão da religião, que interfere na livre escolha de cada pessoa, não podendo este critério “religioso” interferir no princípio do Estado Laico, no âmbito da dignidade humana e da igualdade estampados na Carta Constitucional.

Sobre o âmbito dos direitos fundamentais é necessário indagar: todas as pessoas são titulares de todos os direitos fundamentais?

Cumpra a seguinte questão, pois, todos os seres humanos são titulares de todos os direitos fundamentais dentro da esfera que aquela determinada pessoa ou grupo de pessoas estejam vivendo, dentro da hipótese de fato daquele direito. Logo as relações homoafetivas põem-se no papel de regulamentação especial para exercício dos preceitos estipulados na Constituição (deve-se deixar claro que aqui não se trata de beneficiar um ou outro grupo de pessoas, pois, não se está a tratar do fator discriminação e igualdade), pois, dentro do âmbito dessas relações as pessoas a ela afetadas estão a exercer o mínimo da dignidade humana e da igualdade.

Logo, se uma determinada pessoa não está a exercer o mínimo existencial de seu direito fundamental, no caso, a dignidade da pessoa humana, logo

²⁵³ Certos direitos devem ser sempre observados e nunca serem preteridos em suas pretensões; podem ser limitados por ordem constitucional.(exemplo: liberdade de ir e vir – prisão). Tendem a sofrer modulações.

o Estado não está a cumprir com seu papel de garantidor e prestador dos deveres que lhe foram impostos.

Mesmo não sendo absoluto, o princípio da dignidade da pessoa humana, dentro da sua esfera de atuação deve atuar de forma autônoma e relativa, de modo que, possa se garantir a prestação que o Estado se pôs a cumprir.

Nesse sentido, se o mínimo existencial possui uma vertente garantista e outra prestacional, por parte do Estado, não pode este esquivar-se das garantias e meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do ser humano.

Assim, se o Estado não consegue cumprir com seu papel de garantidor, deve este abandonar a postura concreta e imutável da legislação para garantir a todos a garantia de exercício da dignidade humana, pois, se o próprio legislador garantiu às pessoas tal preceito, então por que não se cumpre face as novas situações postas no ordenamento? Em uma tentativa de explicação:

As respostas (...) passam pela atitude de abandonar posturas absolutas em relação a qualquer objetivo concreto que se formule respeito às formas alternativas de organização social, e em favor de definir graus de cumprimento de cada um, incluídos os de satisfação de distintos direitos, o que permitiria arbitrar entre uns e outros em cada momento ou inclusive discutir as possibilidades de ir aumentando as cotas de satisfação de distintos direitos com o passar do tempo.²⁵⁴

Desta forma, o que podemos entender é que por mais que se fale na grandiosidade da dignidade da pessoa humana, ela não é absoluta para todas as situações que dela dependem.

A falta de proteção do Estado, a cultura brasileira, o caráter social e político da norma que impõe ditames aos legisladores, dificultam, e muito, novas regulamentações e a parte protetora do Estado em garantir que as pessoas exerçam a sua dignidade perante os outros e mais ainda perante si mesmo.

²⁵⁴ GUERRA, Sidney. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmat. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano, VII, nº 09, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>
Acesso em: 16 de junho de 2010.

Com propriedade, citamos a lição de Chaim Perelman, citado no livro do professor Rizzato Nunes, que assim descreve a situação da dignidade da pessoa humana e a proteção por parte do Estado:

Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.(...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.²⁵⁵

A leitura do trecho retro, nos leva a indagar por que o exercício da dignidade é algo tão difícil de se fazer na prática, pois, em palavras, é muito fácil escrever, quando não se tem a vivência do cotidiano em ter que enfrentar a sociedade e seus preconceitos.

O exercício da dignidade da pessoa humana face as relações homoafetivas é algo ainda que se encontra somente em textos, palavras e alguns raros julgados. Exercer a dignidade como forma de exercer a cidadania ainda está muito longe de ser concretizado.

No âmbito do Direito, o desrespeito se manifesta pela privação do acesso a direitos; no caso homossexual, por exemplo, na vedação de acesso a institutos de direito de família que reconhecem a proteção a laços afetivos e relações patrimoniais erguidas no âmbito de uma relação voltada para o compartilhamento de vida, que reflete a negação de ser portador concreto de direitos abstratos ou pela negação do reconhecimento jurídico a uma pretensão levantada.

²⁵⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 400-401.

Essa negação de direitos conduz à perda de auto-respeito, à capacidade de se referir a si mesmo como um igual dentro da interação social, ferindo assim o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita um campo de atuação particular do sujeito, como de autonomia pública, ao rotular o homossexual como inferior, como um parceiro de menor valor na interação existente dentro de uma sociedade de co-associados pelo Direito.²⁵⁶

Se formos depender dos legisladores e aplicadores do direito (Poder Judiciário), muito ainda terá que se enfrentar. Tabus, preconceitos e cultura ideológica e religiosa de um povo que ainda não sabe o poder que existe no exercício da dignidade da pessoa humana. Pois somente aqueles que sabem que não podem exercê-la de forma plena conseguem compreender a dimensão e proporção que esta falta faz.

3.1.4 Relações homoafetivas e dignidade da pessoa humana: aplicabilidade ou omissão?

Como já tecemos muitas considerações acerca da eficácia e aplicabilidade da norma-princípio da dignidade da pessoa humana, nos resguardamos neste ponto a fazermos somente pequenos apontamentos sem nos alargamos no tema.

A norma-princípio da dignidade da pessoa humana é pressuposto do Estado Democrático de Direito e portanto, deve ser aplicado à todas as situações que lhe exijam aplicabilidade, por considerar seu âmbito de proteção. Contudo, como já vimos anteriormente a dignidade da pessoa humana, embora norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, nem a todas as situações vinculadas a ela é aplicável, no caso às relações homoafetivas.

²⁵⁶ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTR, 2008, p. 29.

Noutro giro também fizemos pequenas considerações das possíveis causas que pudessem causar a ineficácia desta norma quando se trata das relações entre pessoas do mesmo sexo, e uma delas foi a omissão legislativa, que será tratada mais a frente em ponto específico.

Entrelaçados, mas não com o mesmo sentido, a aplicabilidade de uma norma se diz quando esta embora existente não é aplicável ou eficaz ao caos em que deveria o ser, diferentemente é a omissão legislativa que não apresenta nenhuma norma para solução dos casos que são apresentados. Portanto, enquanto na primeira a norma existe, na segunda não há norma alguma que possa ser aplicada.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana enquanto norma constitucional é norma válida e eficaz, e não há omissão legislativa neste ponto, pois, a dignidade humana é pressuposto do Estado Democrático e para tanto não necessitaria de outra norma para sua regulamentação ou especificação dos casos que lhe poderia ser afetas. Contudo, como vemos é que esta norma, embora sendo norma de caráter constitucional, possui um âmbito de proteção muito amplo e, portanto, dizer que tudo se aplica a norma da dignidade da pessoa humana é desproporcional ao dizer que tudo se pode ser aplicar esta norma. Pelo contrário, a norma-princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicada a todas as situações que com ela seja compatível e não a qualquer uma.

Portanto, é muito diferente dizer que a norma-princípio da dignidade da pessoa humana não se aplica às relações homoafetivas, pois, o constituinte não intentou esta aplicação em seu projeto, e outra é dizer que a norma não se aplica pelo fato de não haver regulamentação para aplicação da norma.

A posição da inaplicabilidade da norma da dignidade da pessoa humana é um fato que não deve ser encarado como falta de regulamentação, pois, esta norma pode e deve ser aplicada à todas as situações que com ela sejam compatíveis, e nisso incluem-se as relações entre pessoas do mesmo sexo.

A falta de regulamentação é outro problema que pode e deve ser tratado pelo legislador para que se estabeleça direitos a estas relações que se apresenta como a minoria mais “odiada”²⁵⁷ da sociedade brasileira. Neste diapasão, o preconceito existente é um grande óbice para que se estabeleçam leis que garantam que casais homoafetivos possam exercer seus direitos igualmente aos casais heterossexuais.²⁵⁸

Mas o preconceito não pode e nem deve ser objeto para que não se estabeleçam direitos aos homoafetivos, tanto é se assim se estabelecesse, estaria se vinculando a critérios subjetivos e valorativos que não abarcariam nada mais do que a simples convicção própria do legislador. Critérios morais e éticos devem ser evitados, pois em nada resultam na resolução de problemas para estabelecimentos de direitos.

Na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil(...) ao se atribuírem possíveis efeitos jurídicos a esses relacionamentos, é irrelevante emitir juízo valorativo sobre esta contingência social. Inviável valoração tão somente moral, porque a convicção subjetiva de cada um, além de ser mutável, não se baseia em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo.²⁵⁹

O exercício da dignidade da pessoa humana que deveria ser algo natural de todo ser humano não tem eficácia plena, pois, a partir do momento em que tratamos os iguais com desigualdade, está a se tirar daqueles iguais o exercício de sua dignidade de direitos, como veremos a frente.

²⁵⁷ Neste sentido, vide o texto “Porque os homossexuais são os mais odiados dentre todas as minorias”, onde se apresenta as seguintes causas para o ódio do preconceito: a) crime hediondo; b) pecado abominável; c) homofobia internalizada; d) opressão familiar; e) complô do silêncio; f) luta menor; g) homofobia academia; h) omissão governamental; i) homofobia entre defensores de direitos humanos; j) alienação dos homossexuais. Disponível em: <http://br.oocities.com/luizmottbr/artigos09.html>. Acesso em: 07 de junho de 2010.

²⁵⁸ A título de exemplificação citamos o direito ao casamento, que é garantido aos casais heterossexuais, com todos os pressupostos legais, impedimentos, direitos de separação, partilha, pátrio poder etc, enquanto aos homoafetivos não é garantido tão direito, vivendo estes a mercê do amparo legal.

²⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

Logo, se não há eficácia plena, não podemos dizer que esta também tem aplicabilidade frente às relações homoafetivas. Portanto, não embora, em outras situações a dignidade da pessoa humana seja uma norma de eficácia plena perante situações outras, o mesmo não podemos dizer quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo, haja vista que, não se têm aplicabilidade desta norma-princípio pela própria falta de aplicação da norma à estas situações quer pela omissão do legislador que se distancia do assunto.

Na realidade, a sociedade contemporânea ainda resiste à idéia de que casais do mesmo sexo possam estabelecer relações estáveis e duradouras, por isso ainda não admite, em sua plenitude, as conseqüências decorrentes de tais relacionamentos.²⁶⁰

A omissão também é um grande reflexo do problema da falta de aplicação dos princípios constitucionais às relações homoafetivas; não é somente pela criação de uma norma própria, mas, também por não aplicar os reais direitos igualitários de todos os cidadãos.

A falta de regulamentação é um grande problema que se estabelece em nossa sociedade; novas situações surgem, novos direitos se agregam às normas já existentes ou até requerem norma própria e aí podemos encaixar as relações homoafetivas, que surgiram como um novo direito, mas não como uma nova situação, haja vista, que sempre surgiu e sempre houve conhecimento destas, embora houvesse menos amplitude do que se tem hoje.

Portanto, não podemos dizer um novo direito não possa ser regulamentado, simplesmente porque é novo e para tanto necessita de tempo para ser analisado e legalizado, pelo contrário, os novos direitos surgem de situações que já vinham acontecendo na sociedade e chegam a um determinado ponto que não é mais possível fazer a convivência deste com a sociedade sem que haja regulamentação. Quanto mais se demora para regulamentar, mais o preconceito aumenta.

²⁶⁰ TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 01.

A demora na regulamentação também se deve muito ao preconceito existente entre as bancas partidárias do Poder Legislativo, que muito relutam em normatizar algo que já é conhecido.

Contudo, se pensarmos em toda a conotação em que já foi envolvido este trabalho no âmbito constitucional, não seria necessário a regulamentação de norma própria, mas sim, a aplicação imediata dos princípios constitucionais em sua mais ampla eficácia *self-executing provisions*, sem distinção de qualquer âmbito de aplicação, chegando a quaisquer situações que pelos princípios constitucionais sejam compatíveis e que não transijam a norma constitucional vigente, em outro sentido,

(...) entender pela necessidade de regramento específico para que se possa configurar o acesso de relações homossexuais a direitos é equivocado; não há a necessidade de regras, mas de concretização de princípios constitucionais, notadamente igualdade e liberdade.²⁶¹

Nesse sentido, seria uma forma de integrar a norma jurídica constitucional aos novos direitos que surgiram e que são compatíveis com os preceitos constitucionais pelo princípio da igualdade. Então se assim fosse, a falta de norma regulamentadora não seria a principal causa da concessão de direitos aos casais homoafetivos, pois, o respaldo destes seria somente no âmbito constitucional, se os princípios que regem o Estado Democrático de Direito fosse respeitado.

Todavia, como ressaltamos em tópico anterior, o princípio da dignidade humana, embora princípio basilar do Estado Democrático de Direito e de eficácia plena e imediata, não possui eficácia e aplicabilidade perante as relações homoafetivas, o que invalidada, de certa forma, o argumento anterior acerca da desnecessidade de norma regulamentadora dos direitos dos casais de pessoas do mesmo sexo, pois, se um princípio constitucional não possui eficácia plena em sua abrangência do termo, então não podemos dizer que o mesmo precisa ser concretizado sem a ausência de norma, mas sim, poderíamos trabalhar para que

²⁶¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTR, 2008, p. 32.

esta concretização fosse feita, mas, até esta concretização seria necessário assegurar estes novos direitos através de norma regente para que não houvesse novos retrocessos sociais e jurídicos.

Em tese, trabalharíamos não com uma concretização rígida, pois, assim se necessita fazer, mas sim, pela ética e moral que se exige do intérprete e aplicador do direito, mas ainda, da norma, que deve respeitar, acima de tudo, a ética de seu conteúdo, e a igualdade moral de todos os casos semelhantes.

Neste sentido, Maria Berenice Dias nos traz importante nota acerca da ética que deve existir da aplicação da norma, ao destacar que:

A ética é mais ampla do que o Direito e tem uma dimensão maior do que a moral, pois uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do universo normativo do Direito. A ética enfeixa em si mesmo o Direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação. Apesar de não se confundirem, o Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para lhe dar efetividade. Sua exigibilidade não necessita da coerção estatal. A tendência do Estado é ditar normas jurídicas de modo a impor posturas que obedeçam aos padrões morais e éticos vigorantes na sociedade em determinada época. O Direito não pode ser aético, menos ainda antiético.

Ainda que as normas éticas e morais variem no tempo e no espaço, são elas que dão sustentação ao Direito, emprestando conteúdo de validade à legislação. Assim, o Direito não pode prescindir da ética, sob pena de perder sua razão de ser. Qualquer norma, qualquer decisão que chegue a resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético não subsiste. Essa preocupação não deve ser só do legislador, mas também os aplicadores do Direito precisam conduzir suas decisões de forma que a solução não se afaste de padrões éticos. É mister que a sentença imponha um agir de boa-fé. Não pode gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, cancelar enriquecimento sem causa.

Quer a excessiva rigidez normativa, quer a injustificada omissão da lei em reger fatos reconhecidos como contrários à moral acabam produzindo um efeito perverso: além de não alcançarem o desiderato pretendido, não impedem que as pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes agrade. A exclusiva regulamentação dos comportamentos tidos como aceitáveis deixa à margem da jurisdição tudo o que não é cópia do modelo ditado como único. Com isso, acabam sendo incentivadas posturas proibidas por não gerarem qualquer ônus. Olvida-se o legislador de que negar a existência de fatos existentes e não lhes atribuir efeitos só fomenta irresponsabilidades. A aparente 'punição', além de não alcançar o intuito inibitório, não dispõe de qualquer conteúdo repressivo, transformando-se

em fonte de injustificáveis e indevidos privilégios. Desse modo, a Justiça acaba sendo conivente com o infrator.²⁶²

De tal sorte, enquanto não houver a regulamentação desses “novos” direitos dos casais homoafetivos, quer pela concretização dos princípios constitucionais quer pela normatização da norma própria, não podemos dizer de maneira eficaz que essa minoria possa ter resguardado o mínimo de direito possível para exercer a dignidade que lhe são inerentes.

Em outras palavras, tanto podemos dizer, atualmente que o princípio da dignidade da pessoa humana não é aplicável às relações homoafetivas, como também podemos dizer que falta de norma regulamentadora não garante que estas relações possam ser respaldadas juridicamente; então a resposta para o título deste tópico “aplicabilidade ou omissão?” se mantém com a mesma interrogação inicial, visto que, ambas, aplicabilidade ou omissão são respaldos para a resposta da ineficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.2 Igualdade constitucional e relações homoafetivas

Está no art. 5º²⁶³ e no art. 3º²⁶⁴ da Constituição Federal, o pressuposto básico de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da igualdade, que pressupõe o tratamento igualitário a todas as pessoas, sem distinções de qualquer natureza.

²⁶²DIAS, Maria Berenice. *A ética do afeto*. Disponível em: http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Berenice_etica.doc. Acesso em: 07 de junho de 2010.

²⁶³ “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 (...)”

²⁶⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Como princípio constitucional, a igualdade não se refere somente a tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, mas sim, que a lei seja paritária ao possibilitar o gozo dos direitos por todos àqueles que são abrangidos pela norma.

Vemos, que além da dignidade da pessoa humana, o pressuposto da igualdade também é tratado com descaso quando se trata das relações homoafetivas, haja vista que, não são deferidos os mesmos direitos aos casais homossexuais e os casais heterossexuais, principal exemplo desta desequiparação é o art. 226, § 3º da CF/88²⁶⁵, ao dispor que a união estável somente será reconhecida se houver a duplicidade de sexos do casal, ou seja, homem e mulher.

Quando a própria Constituição não defere igualdade de direitos a situações equivalentes estamos a falar em uma agressão aos direitos dos casais homoafetivos, tanto é que o próprio princípio da igualdade que está inserido como pressuposto do Estado Democrático de Direito, garante que não haja qualquer distinção infundada em desequiparações desarrazoadas que possam agredir a autonomia individual da pessoa.

Portanto, vemos que o próprio art. 226, § 3º está em desigualdade com o art. 5º, ambos da Carta Constitucional, o que torna a norma da união estável incompatível com os princípios constitucionais.

Não é somente contra a Constituição que o tratamento desigualitário entre casais hetero e homoafetivos é visto, mas também no âmbito internacional, a ampla proteção dos direitos que afetam diretamente a autonomia individual da pessoa, exemplo disto é o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos que garante a proibição das discriminações por motivo de raça, sexo, cor, língua, religião, opinião política ou de

²⁶⁵ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 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.”

qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.²⁶⁶

Por conseguinte resta claro, e como também é ressaltada pela doutrina de proteção de direitos humanos²⁶⁷, a expressão “qualquer outra situação” abrange também as discriminações fundadas em orientação sexual. E assim vemos que a dupla proteção da igualdade, tanto pelo ordenamento nacional, quanto pelo ordenamento internacional não possuem qualquer tipo de eficácia e aplicabilidade quando se trata das relações homoafetivas no caso brasileiro.

Vários ainda são os argumentos para tentar justificar o tratamento desigualitário entre os direitos que são deferidos aos casais homossexuais e os casais heterossexuais, e muitos deles já foram tratados no capítulo 01 deste trabalho e que de forma superficial serão retocados neste tópico do princípio da igualdade, a fim de que se possa demonstrar, aonde ainda se respaldam as discriminações e tratamentos desigualitários que se deparam os casais homoafetivos.

E para começarmos este amplo debate acerca do princípio da igualdade e as relações homoafetivas, começamos a tratar da igualdade na lei e perante a lei, que se mostra indispensável para elucidação da ineficácia do referido princípio quando se refere às relações em destaque.

²⁶⁶ Parte II - Art.2º - item I. Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em: 28 de junho de 2010.

²⁶⁷ Ver SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

3.2.1 Igualdade formal e material: as questões que suscitam as discriminações fundadas em orientação sexual

É concorde unanimidade que o alcance do princípio da igualdade deve abranger a todas situações por este abrangidas e equiparadas, ou seja, não se deve somente garantir ao cidadão um tratamento igualitário, mas que a própria lei não pode ser feita em desconformidade com a igualdade.²⁶⁸ Seria inválido editar leis que fossem desiguais e tratassem de modo diferente situações que são abrangidas pelo princípio da isonomia.

Contudo, embora, esta seja uma verdade incontestável e fácil de ser compreendida, não é isso que acontece quando se trata das relações homoafetivas, haja vista, que existem normatizações, a exemplo do Código Civil, que regulam de modo diverso os direitos dos casais homossexuais e casais heterossexuais, garantindo a estes últimos maior amplitude e garantia de direitos.

Portanto, o que vemos não é a situação desejada pelo legislador constituinte, pelo contrário, há grande visibilidade de que as relações entre casais do mesmo sexo não conseguem pouca ou nenhuma abrangência do princípio da igualdade, isto, devido ao preconceito que está enraizado em nossa cultura brasileira que se consubstancia em uma cultura tradicionalista, onde somente é correta a união entre homem e mulher.

Igualdade, não deve ser somente reconhecida como elemento formal e material da Constituição, deve também ser tratada como elemento de reconhecimento, onde não se deve respaldar na Carta Maior nenhum laço de preconceito. No estreito desta situação, devemos entender que a Constituição não chancela o preconceito como fator discrimen na orientação sexual de cada pessoa,

²⁶⁸ Em nota: o professor Celso de Mello relata que "(...) o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia." In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 09.

pelo contrário, o preconceito, perante a Lei Maior deve ser expurgado da sociedade, pois, um povo que ainda vive baseada em preconceitos, a nosso ver, não pode ser considerada vivente em um estado democrático.

Ao contrário deste pensamento, o eminente professor Luís Roberto Barroso, em palestra proferida no II CURSO DE DIREITO HOMOAFETIVO promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, em São Paulo, no dia 10 de junho de 2010²⁶⁹, afirmou que o entendimento que tange às relações homoafetivas não se deve mais entender a concepção de igualdade material e formal, haja vista que, este discurso não mais se amolda a situação em apreço; afirmou concluindo que a igualdade das relações homoafetivas deve ser concebida como somente igualdade de reconhecimento no âmbito constitucional. Pedimos vênia ao eminente professor para discordamos de sua posição, ao passo que todo o embasamento teórico da igualdade se pondera no discurso da igualdade formal e material, conforme passamos a expor, traçando os pontos em desacordo com o entendimento do ilustre professor.

Primeiramente, para iniciarmos a discussão acerca do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, frente as relações homoafetivas, temos que primeiramente fazer a distinção de igualdade formal e igualdade material que é o início da discussão acerca da isonomia constitucional.

A distinção entre igualdade formal e material começa com um breve contexto histórico, onde o sentido da igualdade era entendido somente em seu sentido formal, ou seja, igualdade perante a lei que é a aplicação das normas a todos os indivíduos indistintamente.

Esta concepção legalista de igualdade, segundo Paulo Vecchiatti surgiu a partir da Revolução Burguesa contra o Regime Feudal. Segundo ele esta concepção de igualdade surgiu principalmente para combater os privilégios do clero e da

²⁶⁹ II Curso de Direito Homoafetivo. Junho de 2010. São Paulo – SP. Apresentado na forma telepresencial.

nobreza, citando o código napoleônico de 1804 como exemplo desta nova concepção²⁷⁰. Explica ainda o professor:

Devido ao momento histórico em que foi criada, a noção meramente formal da isonomia proporcionou ao legislador total liberdade para estabelecer quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais, no sentido de que a lei poderia dispor livremente sobre a matéria sem nenhuma restrição, ainda que oriunda do texto constitucional. Contudo, tal visão extremamente legalista do Direito trouxe uma série de dificuldades quanto à aplicação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso porque, tendo o legislador o poder de definição do conteúdo jurídico preciso dos direitos fundamentais (visto que era a lei que definia o conteúdo dos mesmos, independentemente do que dissesse a Constituição, em verdadeira interpretação conforme a lei) acabou-se dando a ele também o poder de criar discriminações extremamente contrárias especialmente à dignidade da pessoa humana e baseadas unicamente em critérios arbitrários (embora abstratos) do elaborador da lei.²⁷¹

Portanto, o primeiro sentido de igualdade foi vislumbrado em seu sentido formal, contudo, somente este sentido não era suficiente para que se estabelecesse a idéia plena de igualdade, tanto é, que a máxima aristotélica “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” e que serve de parâmetro para um tratamento isonômico, seria ferida caso somente fosse entendida o sentido de igualdade perante a lei. Tanto é que a aplicação da igualdade somente perante a lei permitiria tratar igualmente os desiguais, estabelecendo e fixando requisitos que por si só não condizem com o princípio da igualdade.

Para elucidarmos o problema citamos o seguinte exemplo: igualdade de condições e níveis de trabalho para o homem e para mulher, fazendo que esta perfaça o mesmo esforço físico daquele. Este exemplo cita a literalidade do art. 5º da CF/88 que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, raça, sexo (...)” e não levando em consideração as condições particulares da mulher que possui parâmetros diferenciados para o trabalho.

²⁷⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 113.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 114-115.

Outro exemplo, este citado por Paulo Vecchiatti, seria a cobrança do mesmo valor de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) de uma propriedade de 200 (duzentos) e outra 20 (vinte) metros.²⁷²

Por conseguinte, tornou-se insuficiente o entendimento de igualdade somente perante a lei²⁷³, sendo necessário, portanto que outra forma de conteúdo isonômico fosse criada para que a igualdade pudesse ser completada de maneira plena, sendo assim, estabelecido o parâmetro de igualdade na lei ou igualdade material, “(...) que exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.”²⁷⁴

A partir da compreensão da igualdade em seu sentido material foi consagrada a máxima aristotélica, uma vez que, define o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem na mesma situação, e de igual forma o contrário, se estabelecido indivíduos que se encontrem em situações diversas deve ser dado tratamento jurídico diverso.

Desta forma percebemos que a diferença existente entre a igualdade formal e a material encontra-se no destinatário da norma vigente:

(...) a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente; a igualdade na lei como dever do legislador considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos.²⁷⁵

Assim podemos perceber que não há e não pode haver distinção de tratamento no que tange ao princípio da igualdade, haja vista que, o destinatário da

²⁷² Ibidem, p. 115.

²⁷³ Bem se sabe que não se deve entender que a igualdade material foi uma sucessão do entendimento da igualdade formal, pois, o entendimento desta segunda não excluiu o entendimento da primeira forma, o que devemos ter em mente é que o novo conceito da igualdade material foi uma espécie de “superação” de um conceito único, em outras palavras, não houve sucessão com exclusão de um entendimento pelo outro. Neste sentido ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 514 e ss.

²⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

²⁷⁵ Ibidem, p. 31-32.

norma não pode ser escolhido pelo aplicador do direito, ou seja, não se pode dizer que uma determinada norma de caráter geral e abstrato se aplica somente a uma categoria de indivíduos, este entendimento seria contrário aos preceitos do postulado da igualdade.

Portanto, se o destinatário da norma não pode ser apontado pelo aplicador e pelo legislador, sob pena de infringir os parâmetros do princípio da igualdade, então, temos que considerar que este postulado serve de base às relações de entidades familiares ao que postula o art. 226, § 3º da Constituição, sendo que não se pode considerar, assim, somente e unicamente entidade familiar, no sentido da duplicidade de sexos, sob pena de atacar indiretamente o postulado da igualdade de tratamento e da não distinção de sexos, consagrada pelo art., 5º do mesmo diploma legal.

A partir do postulado do art. 226, § 3º da CF/88, se jungido ao entendimento da igualdade constitucional, então devemos assim considerar que as relações homoafetivas não podem ser excluídas do rol de reconhecimento do legislador, por um raciocínio muito simples, se há o reconhecimento das entidades familiares heterossexuais, então, igualmente e da mesma forma, deve-se dar o reconhecimento das entidades familiares entre casais homoafetivos, já que a igualdade material garante que seja dado tratamento igualitário *na lei* perante situações que tenham o mesmo sentido e equiparam-se pelos preceitos que requerem.

Daí retira-se o raciocínio de que a igualdade na lei veda qualquer tipo de distinção fundada em certos fatores²⁷⁶, não sendo, portanto, tratamento desigualitário em relação às relações homoafetivas.

Portanto, é pertinente dizer que a lei geral, abstrata e impessoal deve incidir sobre todos igualmente e não apenas analisando a igualdade dos indivíduos, mas também a igualdade dos grupos, o que importa dizer que:

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

Porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais – do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos, e não a igualdade dos grupos acaba por gerar mais desigualdades e proporcionar a injustiça (...)²⁷⁷

Podemos assim dizer que a igualdade deve proporcionar a igualdade de indivíduos e grupos, sem estabelecer entre estes distinções equivocadas que provoquem discriminação ilícita, ou seja, pode haver discriminação desde que de forma lícita de acordo com os parâmetros pré-estabelecidos legalmente, o que importa dizer que deve-se levar em conta a proporcionalidade de tais critérios para ponderação dos direitos a serem estabelecidos.

Seguindo a fundamentação da igualdade na lei e perante a lei, é difícil não conceber o tratamento e o estudo das relações em comento perante os tópicos da formalidade e materialidade isonômica constitucional.

Estabelecer que somente pode-se conceber as relações homoafetivas como reconhecimento de tratamento, afastando a ótica da igualdade formal e da igualdade material, seria incontroverso, não somente pelo fato da simplicidade do argumento, como também pelo fato de que o tão e somente tratamento de reconhecimento retiraria destas uniões o respaldo teórico para fundamentar o tratamento igualitário de direitos.

Não somente também pela falta de argumentação e fundamentação jurídica que discordamos da argumentação do eminente professor Barroso, mas também há o fato, de que a grande maioria da doutrina existente acerca do assunto está balizada no sentido de estabelecer o reconhecimento das relações homoafetivas no âmbito da igualdade constitucional (formal e material).²⁷⁸

Desta forma, torna-se patente que a materialidade do tratamento igualitário pode e deve ser aplicado às relações homoafetivas, já que podemos

²⁷⁷ Ibidem, p. 71

²⁷⁸ Citamos alguns autores que defendem o tratamento das relações homoafetivas tanto pela igualdade material quanto pela formal, entre eles estão: Maria Berenice Dias, José Afonso da Silva, Paulo Vecchiatti, Alexandre de Moraes, Roger Raupp Rios e Daniel Sarmiento.

auferir pelo conceito aristotélico de igualdade que o tratamento desigual às questões desiguais deve-se dar na medida da desigualdade, e não ser retirado o direito de tratamento igualitário que estas relações possuem.

Não é forçoso concluir que a igualdade deve ser aplicada indistintamente, não sendo possível a regulação de requisitos que possam excluir do âmbito de normatividade e aplicação, situações que se igualam e também podem ser tratadas no âmbito da garantia de direitos como as relações homoafetivas. Nesse sentido, “o princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. (STF – 2ª T. Ag. Instr. nº 207.130-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 abr. 1998, p. 45)”²⁷⁹

A nosso ver, este entendimento é claro, não restando respaldo para a não aplicação deste princípio às relações homoafetivas. O destaque de sua não aplicação gera discriminações ilícitas, vedadas estas pelo próprio princípio democrático, sendo que as ações afirmativas do Estado se regulam por questões de discriminações lícitas, amparadas por respaldo constitucional.

Para corroborar nosso entendimento, trazemos a colação, acórdão do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminações, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF – Pleno – MI nº 58/DF – Rel.

²⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 181.

p/Acórdão Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580).²⁸⁰ (grifo nosso)

E é desta forma, com a máxima vênia, que ousamos discordar do professor Luís R. Barroso, ao destacar que as relações homoafetivas, em sua relação com o princípio da igualdade, somente deve ser entendida como igualdade de reconhecimento e não como igualdade formal e material.

Contudo, também temos que nos deparar com outro problema que traz a baila o princípio da igualdade, qual seja, os fundamentos que possam ensejar a discriminação lícita permitida pelo legislador constitucional. Esta discriminação não é evitada de informalismo, muito pelo contrário, serve para defender e transformar situações que possam estar em uma mesma situação e não possuem os mesmos direitos, diga-se de exemplo, o artigo 7º da Constituição²⁸¹ que regula acerca das formas diferenciadas de trabalho entre o homem e a mulher, sem causar, deste modo, discriminação fundada no sexo.

Como já dito acima, a discriminação lícita deve-se respaldar nos critérios da ponderação e da proporcionalidade, contudo, estes, requisitos se tornam subjetivos e fundados em premissas não formais para critérios de discriminação, então, voltamos a nos deparar com a indagação de como deve-se dar e quais são os critérios objetivos que balizam o tratamento desigualitário lícito.

Segundo o autor Alexandre Vitorino, balizado pelos ensinamentos do professor Celso de Mello, traz como resposta a esta indagação, três requisitos que devem ser avaliados na questão da discriminação lícita, e são eles: “1) visar a um objetivo que expresse um valor constitucional; 2) for estritamente necessária para a realização de tal valor; 3) implicar, no balanço do ônus imposto pelo tratamento diferenciado e do bônus logrado pelo interesse público, a preponderância deste.”²⁸²

²⁸⁰ Ibidem, p. 181-182

²⁸¹ Art. 7º, incisos XVIII, XIX, XX, XXX.

²⁸² SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional*. São Paulo: LTR, 2007, p. 43.

Segundo o autor os requisitos expostos acima devem se relacionar ao fato de que, mesmo que o princípio da proporcionalidade esteja em sua natureza evitado de subjetivismo uma discriminação será lícita se e somente se a um só tempo atender aos três requisitos.

Trazendo a questão para o enfoque das relações homoafetivas, vamos fazer a análise dos três requisitos:

- 1) visar a um objetivo que expresse um valor constitucional: a discriminação contra os casais de pessoas de mesmo sexo funda-se em diversos fatores que já foram esboçados no capítulo 01 deste trabalho, e, entre eles, não se respalda nenhum critério objetivo, pois, se baseiam em perspectivas culturais, religiosas que advém de fundamentos subjetivos, que não possuem explicação teórica para tal. Portanto, por este critério, a discriminação contra os homoafetivos já não seria atendida, e, portanto, não seria considerada lícita.
- 2) for estritamente necessária para a realização de um valor: a igualdade não exige para seu alcance que se desvalorize um fato “X” para valorização de um fato “Y”, ou seja, a igualdade não se funda em critérios pré-estabelecidos que possam fazer desmerecer algum direito. No caso das relações homoafetivas não podemos dizer e nem ao menos fazer com que sejam desmerecidas ao passo de contemplar as relações com duplicidade de sexos para que haja preservação, *e.g.*, das entidades familiares como figura de um Estado religioso que prega a família como base da sociedade. Assim, a entidade familiar entre homem e mulher não pode ser sobreposta às relações homoafetivas, pois, não há hierarquia de valor entre tais situações. Assim, conforme o exemplo citado, também não haveria a concretização da igualdade pela proporcionalidade e assim a discriminação também seria ilícita.

3) implicar, no balanço do ônus imposto pelo tratamento diferenciado e do bônus logrado pelo interesse público, a preponderância deste: neste caso não é difícil a resposta para este requisito, já que não houve e não há interesse e muito menos relevância de interesse do Estado quando se trata da regulamentação das relações homoafetivas, ou seja, por mais que haja campanhas afirmativas para conscientização e fim do preconceito, ainda há uma “tarja preta” quando o assunto se refere a estas uniões. E isto se deve ao fato de que estas uniões representam uma parcela pequena da sociedade e assim, por ser uma quantidade inferior aos interesses da grande massa societária, o interesse público não se resvala em preservar os direitos que lhe incumbe defender. Portanto, este requisito também não é obedecido e assim não se pode considerar uma discriminação lícita fundada em um desinteresse do Estado.

Então se e somente se, conforme afirma o autor, a discriminação será lícita se houver a obediência destes três requisitos, então podemos concluir que a discriminação no que tange às relações homoafetivas, não é respaldada em critérios proporcionais, o que enseja, deste modo, o ilícito do ato discriminatório, o que é vedado pelo Estado Democrático.

Celso de Mello ainda nos ensina que:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.²⁸³

²⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 29-30.

Assim, além dos requisitos ditos anteriormente ainda há a defesa do eminente professor acerca da inadmissibilidade de atos discriminatórios fundados em critérios que não sejam peculiares a um determinado grupo.

Todavia, devemos ter em mente que nem sempre todos os grupos podem se igualar em condições, (claro que grupos que não possuem o postulado e a busca do mesmo direito) devido às suas peculiaridades.

Contudo, ainda temos o fato de que o caráter subjetivo do princípio da igualdade advém do fato da expressão “de qualquer natureza”, o que nos leva ao fato da análise jungida desta expressão àqueles três requisitos ditos anteriormente. Mas não é isso, pois, esta análise não resolveria a questão das relações homoafetivas.

A expressão “de qualquer natureza” não pode ser levada ao cano de que as relações homoafetivas não estejam inseridas ou abarcadas por seu conteúdo, afinal, quem disse que “qualquer natureza” não abarca as relações homoafetivas? Se assim (não) fosse, seria necessário descrever todos os tipos de discriminação que são proibidos, sem exceção alguma, pois, o que não estivesse ali inserido seria considerado discriminação lícita.

Portanto, a expressão abarcada pelo art. 5º ou 3º, pode e deve abarcar as relações homoafetivas pelo simples fato de que o legislador não detém o poder de dizer e antever as situações que irão necessitar do abarque do princípio da igualdade, ou seja, se na época da elaboração da Carta Constitucional de 1988 o constituinte antevisse que seria necessário descrever minuciosamente ao invés da expressão “qualquer natureza”, a expressão “vedada a discriminação por orientação sexual”, então hoje, muito não seria necessário o discurso da questão desigualitária das relações homoafetivas. Ao dispor acerca “de qualquer natureza” o constituinte quis abarcar sob este subjetivismo todas as questões que pudessem ser compatíveis e abarcadas pelo princípio da igualdade.

No respaldo desta questão, José Afonso da Silva, relata acerca da elaboração da Carta Constituinte de 1988 e a questão da expressão “qualquer natureza”, afirmando que:

A questão mais debatida feriu-se em relação à discriminação dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida, que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas consistiu em conceder igualdade, sem discriminação, de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisesse. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.²⁸⁴

Sob outro ângulo ensina Celso de Mello:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim, proveitosas que detrimosas para os atingidos.²⁸⁵ (grifo nosso)

Tanto é esta explicação que, se assim não fosse, muitos dispositivos internacionais (convenções, pactos) teriam que especificar a questão da discriminação, sendo que a subjetividade não abarcaria outras discriminações que ali não estivessem inseridas. Para efeito de corroborar nosso entendimento, trazemos a colação alguns dispositivos internacionais a respeito da impossibilidade de discriminação fundada em orientação sexual.

Primeiramente trazemos a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que em seu art. 1º²⁸⁶ dispõe acerca das diversas

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

²⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 18.

²⁸⁶ “Art. 1º - 1) para os efeitos desta Convenção, o termo discriminação compreende: qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterara a igualdade de oportunidades ou de trato no emprego e na ocupação.”

formas de discriminação que são vedadas, não mencionando o fato do ato discriminatório fundado em orientação sexual, contudo, esse tratado da Organização Internacional do Trabalho não proíbe por si só a discriminação com base na orientação sexual, mas possibilita aos Estados-partes o acréscimo de fundamentos adicionais. Na Austrália, a implementação da Convenção em sua legislação doméstica contribuiu para coibir a expulsão de lésbicas e gays de suas forças armadas, em 1992.²⁸⁷

Em segundo, trazemos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos já citado anteriormente, contudo, no que tange à questão do princípio da igualdade, este pacto traz em seus artigos 2º²⁸⁸ e 26²⁸⁹ o entendimento da impossibilidade da discriminação por orientação sexual, já que, em 1994, no caso *Toonen versus Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos estabeleceu que a referência ao “sexo”, no art. 2º, parágrafo 1º, (da não-discriminação) e 26 (da igualdade perante a lei) deveria incluir a questão da orientação sexual. Como resultado desse caso, a Austrália revogou a lei de criminalização do ato sexual entre homens em seu Estado da Tasmânia. Com esse caso, o Comitê de Direitos Humanos criou o precedente dentro do sistema de direitos humanos da Organização das Nações Unidas referente à discriminação contra lésbicas, gays e bissexuais.²⁹⁰

Há ainda dispositivos internacionais referentes à questão do entendimento da vedação da discriminação fundada em orientação sexual, contudo,

²⁸⁷ Disponível em: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701. Acesso em: 29 de junho de 2010.

²⁸⁸ “Art. 2º - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em: 28 de junho de 2010.

²⁸⁹ “Art. 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em: 28 de junho de 2010.

²⁹⁰ Disponível em: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701. Acesso em: 29 de junho de 2010.

não vamos nos deparar sobre este assunto neste ponto, pois, será foco de outro capítulo, servindo estes exemplos apenas para ilustração.²⁹¹

Retornando ao raciocínio anterior, no caso do sentido de existirem situações iguais àquelas já regulamentadas, o princípio da igualdade deve agir de forma a conceder àquelas situações primeiras tratamento igualitário com base nos casos já regulados, e com fundamento no dever de atuação do Poder Público para este sentido.

Desta forma já que as relações homoafetivas não são regulamentadas e como há as relações entre homem e mulher tanto regulamentadas pelo CC/02 e pela CF/88, a isonomia constitucional clama que pelos fundamentos da hermenêutica jurídica sejam declarados os mesmos direitos para ambas as situações. Ora, se continuar a vedar a aplicação do princípio isonômico constitucional às uniões entre pessoas do mesmo sexo, então, a razão de ser deste princípio perde sentido, pois, por que haveria de existir um princípio de um estado democrático se não podemos usá-lo?

Esta situação pode ser transparecida e exemplificada pelos artigos do Código Civil que disciplinam acerca da união estável, adoção e dos direitos do matrimônio. Ora, está regulamentado no CC/02 em seu art. 1.723 que “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”; verifica-se a partir da colação deste artigo que não há designação em estabelecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, contudo, o mesmo artigo nos traz que não é vedada tal união e, portanto, seria possível a atuação da isonomia, haja vista, já haver regulamentação das entidades familiares entre o homem e a mulher.

²⁹¹ Em nota: em 1981 ocorreu a primeira decisão de uma corte internacional – Corte Européia de Direitos Humanos - sobre a questão da orientação sexual, no caso *Dudgeon versus Reino Unido*. Anos depois, em 1989, a Dinamarca, foi o primeiro país a reconhecer legalmente as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: *ibidem*.

O mesmo seria dizer que o mesmo art. 1.723 não traz a menção da colocação da união estável como sociedade de fato, o que se torna incoerente, pois este instituto não traz o resguardo de direitos próprios do direito de família, mas sim, do direito societário, onde se firma um contrato puro, que não reconhece a união entre duas pessoas, mas sim, um contrato firmado entre duas pessoas que não possuem a mesma valia que um direito de família.

Deste modo, embora ainda haja alguns julgamentos que se considere que as uniões entre pessoas do mesmo sexo deve ser considerada como sociedade de fato, já há alguns julgamentos que desconsideram essa afirmação, pois, considerar tais uniões como sociedade de fato é o mesmo que negar seu próprio direito, negando-lhe o direito de se estabelecer a par de direitos das uniões estáveis entre homem e mulher. Nesse sentido, a colação de ambas as situações:

CASO 01:

Julgamento reconhecendo as uniões homoafetivas como sociedade de fato advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:²⁹²

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. DESCABIMENTO. **ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CF E 1.723 DO CC. EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO.** PARTILHA DOS BENS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDOS NO PERÍODO. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA. (TJRS – AC 70026584698, 7ª C. Cív. Rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 25/03/2009).(grifo nosso)

CASO 02:

Julgamento desconsiderando as uniões homoafetivas como sociedade de fato, mas a reconhecendo como entidade familiar. Julgamento advindo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DECLARATÓRIA - EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO - RELAÇÃO HOMO-AFETIVA - SENTENÇA ULTRA PETITA - ÔNUS DA PROVA. Não há julgamento ultra petita, se o Juiz defere prestação que lhe foi postulada através da inicial, não ampliando o objeto do pedido. O conceito de família, expresso na Constituição da República, está atrelado aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, inconcebível a distinção entre modelos familiares, não havendo como restringi-las a formas predefinidas. Para o reconhecimento da existência de entidade familiar, é indispensável que a união entre dois seres humanos se dê como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo e companheirismo. Incumbe a quem alega, o ônus da prova quanto à existência da sociedade de fato. Preliminar rejeitada. Recurso provido. V.v. **O Direito tem evoluído para admitir vários tipos de**

²⁹² Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=25>. Acesso em: 29 de junho de 2010.

entidade familiares, admitindo inclusive a homoafetiva, desde que comprovados os requisitos de estabilidade, ostensibilidade, convivência e afetividade. A estabilidade resta demonstrada diante da convivência de mais 15 anos, iniciada quando o autor tinha 14 anos, de modo ostensivo, tanto que várias pessoas tinham conhecimento desse fato e com troca de afetos recíprocos. (TJMG – AC 1.0145.07.411192-6/001, j. 28.01.2010, Rel. Desa. Evangelina Castilho Duarte – Voto vencido Desa. Hilda Teixeira da Costa)²⁹³. (grifo nosso)

Para corroborar nosso entendimento, a professora Ana Carla H. Matos²⁹⁴, nos explica acerca da impropriedade do instituto da sociedade de fato às uniões entre pessoas do mesmo sexo:

Apesar da impropriedade ao se aproximarem questões tão díspares como sociedade – ligada ao Direito Obrigacional e ao Direito Comercial - e família – relacionada à expressão personalíssima da afetividade –, tal analogia parcialmente se justifica pelo esforço de procurar atingirem-se efeitos jurídicos num assunto não expressamente reconhecido por dispositivos legais. **No entanto, apesar da generosidade de se buscar tutela na idéia de sociedade de fato uma união afetiva não pode ter como justificativa, para sua tutela jurídica, a sociedade de fato, marcada pela busca de fins lucrativos e econômicos. Não se trata de sociedade de fato, mas sim de sociedade de afeto. São realidades eminentemente diversas.**(grifo nosso)

Já no caso do art. 1.511 do Código Civil não encontramos qualquer respaldo para que se vedasse a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, o artigo descreve “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, não designando qualquer forma estipulada que deva ser estabelecido o matrimônio entre o homem e a mulher somente, por conseguinte, estabelecer este tipo de interpretação é promover o retrocesso de direitos que é vedado pelo nosso ordenamento.

Em decisão inédita no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um juiz considerou a impossibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo como uma “*apartheid sexual*” dos homossexuais, para tanto, trazemos este julgado a colação deste trabalho a fim de dividirmos o mesmo pensamento:

²⁹³ Ibidem. Acesso em: 29 de junho de 2010.

²⁹⁴ MATOS, Ana Carla H. *Fundamentos para o efeito jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: http://www.robertexto.com/archivo1/uniao_mesmo_sex0.htm. Acesso em: 29 de junho de 2010.

Apartheid sexual. A segregação de homossexuais, restringindo-lhes direitos em razão de sua orientação sexual, é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo da Constituição Federal. A nova definição legal da família brasileira (Lei nº 11.340/2006) contempla os casais formados por pessoas do mesmo sexo, conforme antecipado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, através do Provimento 06/04 – CGJ. Concepções religiosas de família não podem ser impostas através do Estado-juiz. **No ordenamento jurídico brasileiro, porque vedada qualquer forma de discriminação, o casamento civil está disponível para todos, independentemente de sua orientação sexual. Ação julgada procedente, para reconhecer a família constituída pela autora e sua companheira, que conviveram em união estável por 25 anos.** (RS 2ª V. Fam. Suc. Proc. nº 1060178794-7, Juiz Roberto Arriada Lorea, j. 07.01.2008).²⁹⁵(grifo nosso)

Embora considerado como princípio constitucional e depois de todo o embasamento teórico esboçado neste trabalho, não é do nosso agrado considerar que um princípio de tal grande magnitude seja tão desvalorado pelo ordenamento pátrio, tanto em decisões judiciais, como pelas inconvenientes atitudes do Poder Público em seu poder legislativo que insiste em invalidar a igualização de direitos entre as uniões homoafetivas e as uniões entre pessoas de sexo diferentes; exemplos não faltam. Então voltamos a indagação: para que serve o princípio da igualdade? Para estar presente em um texto escrito? Para formalizar uma democracia, que não respeita os direitos das minorias? Afinal de que serve este princípio?

O caminhar para nossas indagações é um longo processo que deve se dar tanto pela conscientização como aplicação dos direitos a quem lhe são devidos. Negar um direito de igualdade é negar a própria dignidade humana. Valorar a igualdade é um dever e não um favor.

Trabalhar com a igualdade é também trabalhar com a cidadania, ao passo que, se imaginarmos uma sociedade que não tivesse em sua base legal o pressuposto igualitário, seria difícil imaginarmos uma sociedade livre com convivência harmônica de direitos; se nosso país já possui essa base para a convivência democrática e ainda convivemos com tamanhas desigualdades, então imaginemos o contrário como seria

²⁹⁵ Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=4>. Acesso em: 29 de junho de 2010.

Falar em cidadania, hoje, pressupõe não apenas o reconhecimento da igualdade, mas, fundamentalmente, da diferença, já que vivemos em um mundo plural, onde a adversidade se torna cada vez maior. **Afinal, igualdade nada mais é do que o direito de ser diferente, sem sofrer discriminação por isso.** Na busca de inclusão das minorias, de forma injustificada, não se cogita de cotas para homossexuais.(grifo nosso)²⁹⁶

Negar a igualdade é negar a eficácia e a aplicabilidade dos efeitos da norma e é sobre este ponto que passamos a trabalhar no próximo ponto deste trabalho.

3.2.2 Princípio da igualdade e relações homoafetivas: aplicabilidade e eficácia

Como já detalhamos bastante acerca das questões da aplicabilidade e da eficácia quando falamos da dignidade da pessoa humana, nos resguardamos agora a nos atermos somente ao princípio da igualdade, dispensando os conceitos anteriormente já mencionados acerca dos referidos institutos.

Estritamente ligados, embora diferentes em seus sentidos, a igualdade e a dignidade, encontram-se nitidamente deflagrados em sua aplicabilidade e eficiência de norma plenamente constitucional. Podemos dizer que ao preceituar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de raça, sexo, cor, idade, não está aí a se cumprir a validade de seu conceito. Se não vejamos.

Se a Constituição garante que não haverá distinção de cor, então a norma que regulamenta a cota na universidade para negros é inconstitucional e nem mesmo poderia se aplicar o princípio da interpretação conforme, pois, fere diretamente o princípio da igualdade, porque ao diferenciar cotas especiais para negros, está de certa forma, a diferenciar àqueles que não são negros, ao passo que

²⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 109.

podemos concluir que se a norma regulamenta condição especial para determinada categoria, então é porque os negros necessitam de norma regulamentadora especial para ingresso na faculdade, desmerecendo àqueles que não são da referida cor de pele.

Conforme o exemplo retro citado das cotas raciais, o princípio da isonomia acaba por se resvalar em critérios desiguais, podendo gerar deste modo, uma discriminação ilícita ou uma “igualdade desigual”²⁹⁷ que se respalda por valorar um grupo e desigualar outros.

Lembrando a ilustre lição do eminente jurista, Celso de Mello²⁹⁸, o preceito magno da igualdade é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador; mas espera, se eles precisam de norma por conta de alegarem que ainda existe preconceito, onde está a norma que diz que a partir de um preconceito racial deve ser criada norma regulamentadora e diferenciadora para negros? Não existe, pois, a própria CF/88 proibiu qualquer distinção por parte da sociedade e do legislador, de qualquer tipo de diferenciação nos termos da norma plena constitucional.

Ora, se não há igualdade nesta determinada situação ora posta, então é porque não há eficácia plena, muito menos validade, pois, a nosso ver, quando uma norma jurídica não consegue alcançar sua eficácia plena, esta norma não é válida, pois, não consegue alcançar os requisitos mínimos de validade de uma norma.

A complexa situação posta rege-se entre muitas outras dentro do ordenamento, entre elas às uniões entre casais homoafetivos.

Assim, a validade, segundo Marcos Bernardes de Mello, é utilizada para qualificar:

²⁹⁷ Em nota: este termo é utilizado pela autora Maria Berenice Dias, a qual nos afiliamos.

²⁹⁸ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 09.

(...) o direito que está conforme ou não, com os seus próprios fundamentos, sejam éticos, sociológicos ou dogmáticos. Nessa acepção, as normas que integram o ordenamento jurídico serão consideradas válidas ou inválidas, consoante estejam, ou não, de acordo com aqueles fundamentos.²⁹⁹

Ainda analisando a questão da eficácia plena, podemos obter o seguinte raciocínio para tentar compreender o sentido do conceito de eficácia no âmbito das relações homoafetivas. Se o fato das relações entre pessoas do mesmo sexo já existe no mundo dos fatos, esta pressupõe a existência de um fato jurídico, assim, logo existindo, passa a ter eficácia que é pressuposto da validade.

Assim, ao passo que a dignidade da pessoa humana não possui eficácia, quer pela falta de norma regulamentadora, quer pela falta de precisão de seu conceito, a igualdade também encontra-se no mesmo caminho, ou seja, como já dito, embora norma de eficácia plena por ser fundamento constitucional, a sua validade e plena eficácia apenas se respaldam em divagações jurídicas.

Para dizermos que o princípio da igualdade, embora princípio constitucional, não possui eficácia, devemos lembrar que esta se conceitua pela capacidade de atingir os objetivos previamente fixados com metas, ou seja, o querer legislativo, antes de tudo, deve traçar quais serão os objetivos que serão alcançados pela norma, contudo, não poderá dizer se cumprirá o que está escrito.

Se a eficácia está inserida dentro do campo da exigibilidade e da executoriedade da norma, então podemos dizer que uma norma pode ser válida e não ser eficaz, ou seja, ser válida e não possuir exigibilidade. Vejamos o caso do princípio da isonomia.

Ao deferirmos um direito previdenciário a pessoa “X”, que atende a todos os requisitos para o benefício e ao mesmo tempo se nega um mesmo direito previdenciário a pessoa “Y” pelo fato de sua orientação sexual, como no caso do falecimento do(a) companheiro(a) homossexual e não lhe é deferido por não atender aos requisitos da lei infraconstitucional (Leis nº 8.972 e 8.973, ambas de 1991),

²⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 01.

então há desigualdade do deferimento de benefícios que possuem os mesmos parâmetros para garantia do benefício. Diga-se de passagem também o exemplo mais típico do desrespeito à igualdade no que tange às relações homoafetivas é o caso das relações empregatícias, onde aqui apresentamos dois casos, o primeiro acerca da dificuldade de se conseguir emprego³⁰⁰ e a segunda a discriminação já ocorrente no local de trabalho:

CASO 01:

Homofobia: gay esconde tendência ao disputar vagas.

Imagine que dentro de algumas horas você será avaliado para um emprego. Os momentos que antecedem a avaliação certamente não serão tranquilos. Entre a indecisão em frente ao guarda-roupa e ao medo de não saber responder o que for perguntado, muito suor irá rolar. Agora some a isso a obrigação de não deixar transparecer sua orientação sexual. Certamente será preciso muito jogo de cintura e atenção redobrada para não deixar que a chance da carteira assinada escape, já que o currículo profissional habitualmente é preterido em favor do preconceito. (...) Para o titular da coordenadoria de livre orientação sexual do Pará, Ivan Cardoso, as mulheres são as que passam pelas maiores dificuldades durante a entrevista de emprego. De acordo com ele é mais difícil para elas disfarçar trejeitos homossexuais.

Nós aconselhamos ao candidato a emprego que se comporte de uma maneira diferente durante a entrevista com o empregador ou psicólogo. Como não existe nos formulários uma pergunta sobre orientação sexual e geralmente isso não é questionado na entrevista, nós tentamos esconder nossa orientação o máximo possível. É preciso ter bastante cuidado nos movimentos e nas palavras que usamos, pois um entrevistador atento pode identificar a sexualidade do candidato durante a entrevista e dispensá-lo por conta disso', explica. (...) Para as travestis o desconforto em decorrência do preconceito é ainda maior. 'Quando um travesti é chamado em uma empresa para fazer uma entrevista de emprego, em 99% dos casos trata-se de um engano', afirma Ivan Cardoso. Isso ocorre porque currículos e fichas de solicitação de emprego são preenchidos com o nome que consta nos documentos, enquanto que o nome social adotado pelas travestis é muito diferente. 'Quando acontece isso a gente nem passa pela entrevista. O entrevistador nos olha e diz logo que a vaga já foi preenchida', conta a

³⁰⁰ Em nota: "O preconceito sofrido pelo grupo homossexual pode ser considerado o mesmo que atinge negros, mulheres, deficientes físicos e mentais. Ele é velado, dificilmente aparece e, na maioria das vezes, não é divulgado. 'Acredito que os homossexuais sofrem tanto preconceito na hora da contratação como os deficientes físicos, negros e mulheres. Algumas empresas ainda têm esquemas muito arcaicos de contratação', diz Rudney Pereira Junior, consultor de recursos humanos da Foco. Hoje é mais comum encontrar homossexuais em profissões liberais e autônomas, onde o mercado é mais aberto. É claro que as preferências sexuais do candidato não são citadas durante uma entrevista. Ainda existe um tabu muito grande nessa área e a idéia do "homossexual caricato" continua muito presa à imagem do grupo. Segundo o consultor da Foco, nas empresas, tudo depende muito da política de contratação e das exigências de cada uma. 'Vários homossexuais passaram pela minha seleção e foram encaminhados para as empresas sem nenhum problema. Acredito que a condição ou orientação sexual de uma pessoa é algo que não deve interferir na carreira e no trabalho', finaliza Junior." Disponível em: http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/comportamento/discriminacao_homossexu al.shtm. Acesso em: 02 de julho de 2010.

travesti Raíssa que já perdeu as contas de quantas vezes passou por situação parecida.³⁰¹

CASO 02:

-MORAIS - INJÚRIAS - ENTRECHOQUE DE PROVA TESTEMUNHAL - PLAUSIBILIDADE DA TESE SUSTENTADA PELA AUTORA - ABALO À HONRA OBJETIVA - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - CONFIGURAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. (...). II - O direito à incolumidade moral pertence à classe dos direitos absolutos, encontrando-se normativamente tutelado pela conjugação de preceitos constitucionais elencados no rol dos direitos e garantias individuais da Carta da República (art. 5º, V e X, da CF/88), caracterizando-se, portanto, como cláusula pétrea (art. 60, §4º, da CF/88), não podendo ser abolida nem sequer por proposta de emenda constitucional, merecendo ser devidamente tutelado nos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário. **III - Neste sentido, a injúria proferida em local de trabalho, mormente quando irrogada por superior hierárquico e dizendo respeito a opção sexual da vítima, configura dano moral passível de reparação (CC/2002, art. 186), notadamente diante do alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República (CF/88, art. 5º, V e X).** IV - Conforme entendimento preconizado pelo STF "[...] o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa." (RE 447.584-7/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/11/2006). (TJSC, AC 2006.008720-6, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 27/02/2007).³⁰² (grifo nosso)

Essas situações são algumas dos grandes pontos que envolvem as relações homoafetivas, tanto é que, no Anexo nº 01 deste trabalho anexamos planilhas que foram apresentadas na Palestra de Direitos Humanos e Homofobia: Avanços e Conquistas do Brasil, onde pode-se averiguar os diversos fatores que incidem como fator de desigualdade nestas uniões.

³⁰¹ Disponível em: http://direitoshumanos.etc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1266:homofobia-gay-esconde-tendencia-ao-disputar-vaga-&catid=41:lgbtt&Itemid=174. Acesso em: 01 de julho de 2010.

³⁰² Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=2&idJurisAssunto=8>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

Em caso bastante conhecido trazemos o caso do jogador de futebol do São Paulo, Richarlyson que sofreu forte discriminação em programa televisivo apresentado para toda rede nacional, por sua suposta condição homossexual. Moveu processo criminal³⁰³ e teve seu pedido negado pelo Sr. Manoel Maximiano Junqueira Filho³⁰⁴, Juiz de Direito titular da nona vara cível da Comarca de São Paulo, conforme vemos a seguir:

A presente Queixa-Crime não reúne condições de prosseguir.

1. Não vejo nenhum ataque do querelado ao querelante.

(...)

3. A – Não sendo homossexual, a imputação não o atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo programa televisivo e declarasse ser heterossexual e ponto final;

3. B – **se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados...**

Quem é, ou foi **BOLEIRO**, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num TÊTE-À TÊTE.

(...)

5. Já que foi colocado, como lastro, este Juízo responde: **futebol é jogo viril, varonil, não homossexual.** Há hinos que consagram esta condição: “OLHOS ONDE SURGE O AMANHÃ, RADIOSO DE LUZ, VARONIL, SEGUE SUA SENDA DE VITÓRIAS...”.

6. Esta situação, incomum, do mundo moderno, precisa ser rebatida...

7. Quem se recorda da “COPA DO MUNDO DE 1970”, quem viu o escrete de ouro jogando (FÉLIX, CARLOS ALBERTO, BRITO, EVERALDO E PIAZA; CLODOALDO E GÉRSO; JAIRZINHO, PELÉ, TOSTÃO E RIVELINO), **jamais conceberia um ídolo seu homossexual.**

(...)

9. Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. **Mas, forme o seu time e inicie uma Federação.** Agende jogos com quem prefira pelear contra si.

(...)

11. Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o **“SISTEMA DE COTAS”**, forçando o acesso de tantos por agremiação...

12. E não se diga que essa abertura será de idêntica proporção ao que se deu quando os negros passaram a compor as equipes. Nada menos exato. Também o negro, se homossexual, deve evitar fazer parte de equipes futebolísticas de héteros.

(...)

14. **O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal...**

(...)

³⁰³ Disponível em: <http://www.muitofirme.net/2007/08/volta-do-caso-richarlyson-juiz-nega.html>. Acesso em: 02 de julho de 2010.

³⁰⁴ Após esta decisão o referido juiz foi afastado do processo criminal movido pelo atleta. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/esportes/futebol/2007/08/03/juiz_e_afastado_e_queixa_crime_de_richarlyson_segue_em_tramite_951814.html. Acesso em: 02 de julho de 2010.

17. É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!

18. Rejeito a presente Queixa-Crime. Arquivem-se os autos. Na hipótese de eventual recurso em sentido estrito, dê-se ciência ao Ministério Público e intime-se o querelado, para contra-razões.

São Paulo, 5 de julho de 2007.(grifo nosso)

Agora vamos trabalhar a aplicabilidade e a eficácia do princípio da igualdade frente a este caso apresentado.

Ao decidir ou melhor querer decidir que um determinado esporte não poderia ser praticado por homossexuais, houve plena afronta à igualdade já que o magistrado dispensou que a prática esportiva, sendo um esporte viril não poderia ser praticado por pessoas que possuem condições “diferentes”. Mas que condições seriam estas? Não explicou o magistrado, apenas desigualou condições pessoas de qualidades diferentes.

Se dispensar e negar que uma pessoa homossexual pratique um esporte, a sua condição de igualdade frente ao grupo que lhe é considerado igual é ineficaz, pois, o objetivo da igualdade é atingir objetivos previamente fixados, então, se o objetivo da igualdade não é que haja discriminações e desigualdades, sendo estas vedações impostas pelo legislador, então, se este objetivo não é almejado, então não podemos dizer que esta norma é eficaz e muito menos aplicável, já que a aplicabilidade da norma constitucional isonômica é estender esta a todas as situações que com ela sejam compatíveis.

Se a norma isonômica da igualdade tem aplicabilidade imediata a todas as situações que com ela sejam compatíveis e esta se mostra com executoriedade a partir do momento em que o aplicador do direito impõe que, mesmo que determinadas situações não sejam compatíveis, façam que a sejam e garantam os direitos que são pleiteados por elas.

Para que isso aconteça é por certo que aplicador do direito necessita não somente aplicar a norma sistemática do texto constitucional, mas também, que os institutos, *e.g.*, da analogia e dos princípios gerais sejam utilizados para que o valor imanente da norma seja respeitado.

E por isso não podemos dizer que o princípio da igualdade tem sua plena eficácia e aplicabilidade quando se trata das relações homoafetivas, já que, conforme o exemplo da decisão acima houve descon sideração da aplicação dos princípios constitucionais, principalmente da norma da igualdade que pela sua afronta pode atingir o princípio da dignidade humana ao descon siderar que uma pessoa não possa praticar um esporte por ser homossexual.

O que vemos acima são situações que ocorrem cotidianamente que reflete, no primeiro caso, a desigualdade de condições para vagas de trabalho, o que contraria nitidamente o princípio da igualdade. Assim, a isonomia, embora esteja inserida no texto para ser respeitada é afrontada quando se trata das relações homoafetivas. Deste modo, não podemos dizer que o princípio constitucional isonômico é eficaz.

Neste sentido, também podemos inferir o raciocínio de que a afronta ao princípio da igualdade significa um retrocesso jurídico e social, já que, é vedado o retrocesso de direitos, principalmente, no âmbito dos direitos constitucionais fundamentais.

Portanto, mesmo que haja compatibilidade no texto constitucional para que seja aplicado o princípio constitucional às relações homoafetivas, este princípio conquanto existente não possui incidência sobre tais relações, assim, embora existente não é eficaz, logo não é exigível.

Daí podemos fazer a seguinte equação: validade + eficácia = aplicabilidade e produção dos efeitos da norma. Aqui não importa se a norma tem o caráter básico de toda norma que é a sua existência, o que interessa aqui é a produção de seus efeitos, e para que isso ocorra é necessário que a norma seja válida e eficaz. Se a norma é válida e não é eficaz então não produz efeitos, pois, para este é necessária a junção dos pressupostos de validade e eficácia. O contrário também não poderia gerar efeitos, pois, se uma norma não é válida, mas foi de alguma forma eficaz, então não pode produzir efeitos legais atuais válidos já que não se insere mais no mundo jurídico.

Deste raciocínio somente podemos concluir que uma norma só é aplicável se for eficaz. Então, no caso do princípio da igualdade e das relações homoafetivas, podemos dizer, que este princípio é uma norma inaplicável a tais uniões? Embora, devesse ser o contrário, a resposta é afirmativa, pois, se em diversos casos a igualdade constitucional é ineficaz em face das uniões homoafetivas, então não podemos dizer que esta norma é aplicável e logo possa gerar direitos.

Disso decorre que o princípio da igualdade, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, possui em sua essência a eficácia normativa plena das normas-princípios constitucionais, contudo, no campo fático-jurídico, que é o que realmente importa, não possui.

Diante disso podemos pensar se normas integradoras do direito não poderiam servir para conceder eficácia ao princípio da igualdade? Se pensarmos, para que serve uma norma se ela não possui um mínimo de eficácia, então poderíamos nos deparar com muitas leis no mundo jurídico, pois, não produziriam nenhum efeito e sua permanência no mundo fático não seria relevante e conseqüentemente a atividade legislativa não seria útil.

Criar leis que pudessem melhorar uma lei anterior iria sobrecarregar o Poder Legislativo, como também, seriam necessárias infinitas leis para regulamentar os direitos que já existem. Contudo, para que não se ocorra esse tipo de situação as normas integradoras do direito podem servir para que não seja necessária somente a criação de normas para solução dos conflitos e dos novos direitos, mas sim, de aplicação e solução imediata dos conflitos utilizando-se de um direito equiparável a uma situação semelhante, como é o caso das relações homoafetivas com equiparação à união estável.

Típica situação esta é a da analogia que pode ser aplicada em duas possibilidades:

(...) ou falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (analogia legis); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto; encontra-se o juiz em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força,

não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro (analogia júris). A primeira hipótese é mais comum e mais fácil de resolver, apenas se trata de espécie não prevista, inesperada controvérsia acerca de instituto já disciplinado pelo legislador, argumenta-se com a solução aplicável a um fato semelhante. É o caso da segunda quando não existe regra explícita, nem caso análogo; reconstrói-se a norma pela combinação de muitas outras, que constituem visível aplicação de um princípio geral, embora não expresso; elabora-se preceito completamente novo,³⁰⁵ ou um instituto inteiro, segundo os princípios de todo o sistema em vigor.

Contudo, mesmo embora possam haver leis que não deveriam existir no mundo jurídico por não produzirem nenhum efeito, não podemos pensar desta forma.

Sob outro aspecto, também podemos dizer que o pressuposto da igualdade deve se respaldar em critérios objetivos para a devida convivência em um Estado Democrático de Direito, que é a base de nosso país, contudo, não é somente ter um texto escrito e dizer que todos são iguais perante a lei, isso não é suficiente; ter um texto escrito onde não se tem um valor legítimo de aplicação não garante a eficácia de sua norma e com isso também não garante que seja declarada uma sociedade democrática.

Todos são iguais perante a lei. Isso é uníssono e de conhecimento de todos, mas, ao se deparar com as múltiplas situações e os novos direitos que se sobrepõem neste ordenamento jurídico é uma questão que ainda não foi trabalhada para que realmente possamos dizer que todos são iguais perante a lei.

O princípio da isonomia não se exaure no enunciado básico de que todos são iguais perante a lei. Essa poderosa retórica, considerada parte essencial do igualitarismo, tende a desviar a atenção das diferenças. E o efeito de ignorar-se as variações interpessoais pode ser, na verdade, profundamente não igualitário.³⁰⁶

O pressuposto da igualdade formal, mesmo que jungido ao requisito da igualdade material e que se tenha amplo conhecimento de que a igualdade pode se

³⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 171.

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

deparar com critérios para definição de uma discriminação lícita, mesmo assim, não podemos dizer que um princípio é eficaz simplesmente por ser constitucional. Muito embora, muitos assim pensem, os princípios, assim como as normas colocadas na Constituição não é pelo fato de estarem ali escritas que possuem eficácia e aplicabilidade imediata. Tudo depende de como isto é trabalhado.

Embora querido e desejado pelo legislador que os princípios constitucionais fossem obedecidos, a igualdade, assim como a dignidade são normas-princípios que se quedam em um pedaço de papel não tendo a consideração dos aplicadores do direito e do resvalo do Poder Público em fazer obedecer as normas que o mesmo é obrigado a defender.

No que tange aos princípios constitucionais, estes não podem ser ou não aplicados pelo mero deleite do Estado; são imperativos, devem ser obedecidos, mas entre o dever e o fazer existe uma grande diferença e uma grande barreira que impede que os imperativos constitucionais sejam obedecidos.

Nesse sentido devemos pensar que não há discricionariedade por parte do Estado em não aplicar, pois, este não pode se respaldar em critérios outros que não sejam àqueles já antevistos no texto constitucional. Isso quer dizer que, no que tange aos princípios constitucionais, não há discricionariedade do Estado; os princípios devem ser aplicados. Portanto podemos então dizer que a atuação do Estado é uma atuação vinculada que não deve se sujeitar a critérios subjetivos para não aplicar o que é obrigação do Estado fazer.

O direito ao tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a sua dignidade. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental.³⁰⁷

³⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoasv02n03art02_dias.pdf Acesso em: 06 de julho de 2010.

E para que isso aconteça é necessário várias atitudes, como também descobrir quais as causas porque isso acontece e é sobre isso que passamos a discorrer no próximo capítulo.

4 NOVA CONCEPÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE EM FACE DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Interpretar o direito não é ativismo judicial, e nem o poderia ser; conhecer outras formas de aplicar o direito aos novos direitos que surgem é também uma forma de conceber que estes não sejam retirados do mundo jurídico pelo mero fato de não serem regulados legalmente, mas mesmo assim também não o poderia ser. Interpretar o direito é reconhecer que novos direitos existem, ou se não são novos, é uma forma de reconhecer tantas outras facetas de um mesmo direito ou de uma mesma lei; é reconhecer que um novo fato também pode ser objeto de aplicação de uma determinada norma.

A interpretação que reconhece as relações homoafetivas e as equipara a união estável não rompe com o texto constitucional nem parte da idéia de normas constitucionais inconstitucionais; o que esse reconhecimento propicia, em verdade, é a interpretação da Constituição de maneira unitária, a partir de direitos já existentes no plano constitucional, não caracterizando, dessa forma, um ativismo judicial que cria direitos não previstos pelo ordenamento.³⁰⁸

Se não o fizermos assim, não prosseguiremos na evolução do próprio conhecimento jurídico; ficaremos estagnados sem conhecer as próprias limitações de nosso saber. Contudo, não são todos que pensam assim, preferem a aplicação da escola conservadora, ainda da velha aplicação pura da norma, sem interpretá-la, ou ainda há àqueles que, diante de suas próprias convicções, trazem para dentro do direito, preconceitos que se desvencilham da aplicação ética da norma, ou melhor,

³⁰⁸ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou ADPF 132 e ADPF 178 buscaram uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição)*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/artigo/medeir~1.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2010.

diante de uma visão própria, o aplicador retira de uma pessoa o direito a que esta poderia beneficiar-se. O que se pode dizer é que

O Poder Judiciário em alguns casos tem cumprido sua função de distribuir a justiça. Porém, o Legislativo não tem acompanhado as evoluções de nossa sociedade, principalmente no que diz respeito aos homossexuais, omitindo-se de legislar em favor desse segmento, o que faz com que permaneçam à margem da lei, sem qualquer proteção por parte do Estado.³⁰⁹

As relações homoafetivas se inserem dentro do ramo de um novo direito, não se vinculam a nenhum ramo pré-existente, é novo, mas embora não regulamentado respalda-se pela utilização de institutos jurídicos outros para que, enquanto não regulamentado, não fique sem aplicação jurídica. Neste sentido, mesmo sem regulamentação, o direito homoafetivo regula-se por institutos do direito de família, previdenciário, constitucional, contudo, muitos não entendem dessa forma e acabam por retirar dos casais homoafetivos direitos que já lhe são inerentes; alguns aduzem a falta de regulamentação, outros falam que foi o desejo do legislador em não reconhecer as uniões homoafetivas como merecedoras de direito, enfim, são entendimentos conservadores; outros aduzem que o Código Civil de 2002 já “nasceu velho” e por isso não se deveria deixar fora do amparo legal as relações entre pessoas do mesmo sexo.

E por isso, com a máxima vênia que discordamos do eminente professor Miguel Reale que é adepto da opinião que para regulamentação das relações homoafetivos é necessário primeiramente a mudança da Constituição, conforme relata:

a união homossexual só pode ser discutida depois de alterada a Constituição. Há quem diga que o Código é atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos

³⁰⁹ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *Preconceito é a principal barreira contra a evolução do Direito*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jun-25/preconceito_principal_barreira_evolucao_direito. Acesso em: 04 de julho de 2010.

votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria.³¹⁰

Mas entre as principais causas encontra-se a omissão legislativa que é o enfoque da visão conservadorista e pura da norma. O Poder Legislativo encontra-se impregnado de pessoas que se dizem defender o direito do próximo, que aduzem em suas campanhas que irão lutar por melhores condições de vida, todavia, isso não passa de mero discurso político que não se restringe a negar a legislar sobre assuntos que não lhe convêm, ou seja, o melhor interesse do povo é retirado para que haja o melhor interesse próprio particular e partidário, assim, o que não for melhor para o legislador em sua pessoa não é melhor para ninguém.

Para tentar barrar essas situações anti-sociais é que há os adeptos das novas formas de interpretação constitucional, que não se respaldam na análise pura da norma, mas sim analisando seu contexto na forma a não negar os direitos, se assim o forem, a quem deles necessita.

Estas novas formas de interpretação do direito e os novos direitos possuem nítidos reflexos na sociedade, seja no âmbito cultural, ideológico ou jurídico. Qualquer nova situação causa estranheza a primeira vista e não poderia ser diferente.

Sendo assim, as decisões judiciais que trazem em seu contexto o reconhecimento de direitos às relações homoafetivos, causam efeitos muitas vezes inesperados no âmbito social e até mesmo jurídico. Estas decisões são o típico exemplo que podemos citar acerca das novas interpretações do direito.

E é nesse contexto que passamos a trabalhar acerca das causas do não reconhecimento das relações homoafetivas, e posteriormente, passaremos a trabalhar com as conseqüências e os efeitos que as novas interpretações podem gerar.

³¹⁰ *Apud*, SANTORO, Cláudia. *A necessidade de regulamentação das uniões estáveis homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 875, 25 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7625>. Acesso em: 04 de julho de 2010.

4.1 Possíveis causas do não reconhecimento das relações homoafetivas

4.1.1 Relações homoafetivas e ausência de regulamentação (1ª causa)

A falta de regulamentação por parte do legislador é algo concreto, que vem se prolongando por muitos e muitos anos, e principalmente nos projetos de lei que ficam “trancados” nas gavetas da Câmara e do Senado.

Muitos projetos de lei, nem sequer foram apreciados pelas Mesas do Poder Legislativo; foram arquivados pelas Comissões de Constituição e Justiça.

Um dos maiores problemas apontados em não se reconhecer às relações homoafetivas o caráter de entidade familiar, está no fato da ausência de regulamentação por parte do Legislativo e o conservadorismo do Poder Judiciário, aglomerado ainda com os dogmas culturais de nossa sociedade.

Lei não existe, contudo, há formas de se utilizar que podem e deveriam ser usadas pelos aplicadores do direito, sendo que uma delas é a analogia, que para ser aplicada depende da imprevisão da lei para o caso, a identidade de elementos entre o caso previsto e aquele cuja lei não previu e o que o elemento identificador seja essencial.³¹¹

Logo, as uniões homoafetivas estão em consonância com a analogia, pois, atende todos os requisitos para sua aplicação. Se não vejamos.

³¹¹ DIAS, Patrícia Lopes. *União estável e relações homoafetivas: aspecto constitucional*. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito da Faculdade UNIRG. Gurupi – TO. Dezembro de 2007.

A analogia depende de imprevisão para o caso, as uniões homoafetivas não possuem qualquer regulamentação; a identidade de elementos entre a situação posta e o elemento não previsto, no caso, dignidade e igualdade relacionada às entidades familiares; elemento identificador do caso seja essencial, ou seja, a dignidade humana e a igualdade.

A omissão do legislador ainda se embasa muito na questão do dogma da falta de aceitação social, e como muitos legisladores são os que deveriam produzir leis a respeito do assunto, esquivam-se com o medo de desagradar quem os colocou no poder e conseqüentemente perder o cargo que ocupa.

Como bem ensina Maria Berenice Dias:

Todas as questões referentes às uniões homoafetivas, além das dificuldades de ordem dogmática e cultural, esbarram no silêncio da Lei Maior, na falta de previsão de legislação infraconstitucional e no conservadorismo da Justiça. A omissão acaba por consagrar severa violação aos direitos humanos, pois afronta o direito à liberdade sexual, que não admite restrições de qualquer ordem. O não reconhecimento legal dessas uniões e a falta de atribuição de direitos constituem cerceamento de liberdade, uma das formas em que a opressão pode se revelar. Os direitos fundamentais não podem ser desconsiderados nem mesmo pela maioria, nem pelo próprio Poder Legislativo.³¹²

Assim, a falta de regulamentação por parte do Legislativo, desestimula os julgadores “(...) a reconhecer tais relações que muitas vezes batem à porta do judiciário reclamando a tutela jurídica do Estado.”³¹³

E por conseqüência, quando se tenta definir possíveis efeitos jurídicos às relações homoafetivas, ainda que seja predominantemente de caráter ético, a primeira avaliação torna-se inviável valorar apenas no que tange ao critério ético e axiológico, sendo necessário, portanto, a abrangência normativa para se evitar critérios valorativos negativos.

³¹² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.132.

³¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. *União Homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 73.

Ranier Czajkowski, citado por Fabiana Splenger, fala com propriedade sobre o assunto:

Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica, não se compadece com tal subjetivismo, sustenta o mesmo autor, que concluiu: na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.³¹⁴

Por isso, não podemos tratar as relações homoafetivas, como situações de mero fato social sem regulamentação. O mero critério axiológico de se avaliar essas relações é completamente ilógico e estaria a se dar nos julgados a opinião própria dos julgadores sendo esta preponderante na decisão, sem a análise de qualquer elemento normativo.

O não exercício da dignidade da pessoa humana e da igualdade deve ser um dos critérios que os legisladores e aplicadores do direito têm que adotar para que se tomem medidas urgentes de regulamentação, ao passo de manter no mundo jurídico, eternamente relações que nunca irão ser regulamentadas e viverão somente no mundo dos fatos.

Projetos de lei existem, contudo, na inércia do Poder Legislativo acabam por ser arquivados, não apreciados, “engavetados” etc.

Muitos projetos tentaram reconhecer o status das relações homoafetivas na esfera das entidades familiares, contudo, acabaram arquivados, e não se há notícia de novas proposituras de projetos sobre o assunto.

Ao contrário de muitos países, o Brasil ainda caminha a passos lentos para a regulamentação dessas uniões. Alguns poucos países já começaram a luta contra a discriminação que ocorre contra essas relações.

³¹⁴ *Apud*, *ibidem*.

Podemos citar como pioneira do assunto, a Dinamarca e a Noruega, que no ano de 1982, reconheceram alguns direitos patrimoniais entre casais homoafetivos e conseqüentemente legalizaram a união civil dessas uniões. Nos Estados Unidos, alguns Estados já reconheceram às uniões homoafetivas, direitos quanto ao patrimônio e ao seguro de saúde.³¹⁵

Outros países como Holanda, Espanha, Bélgica e Canadá, passaram a conferir valor ao casamento entre casais homossexuais, bem como o registro da união civil destas uniões.³¹⁶

No Brasil, o que existe, como já dissemos, são projetos de lei, muitos já arquivados e a recente Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica, também entre casais homoafetivos.

Recentemente foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Procuradoria Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, com o fim de reconhecer e equiparar às uniões homoafetivas igualmente às entidades familiares em face do que dispõe o artigo 226, § 3º da Lei Maior.(esta ADI será tratada minuciosamente mais a frente)

Deve-se lembrar, se os ensinamentos do Direito Penal relatam que “a lei não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu”, em caso semelhante a lei não pode ser interpretada de modo a causar prejuízos de qualquer ordem, ou seja, não pode ser interpretada de forma contrária ao texto escrito. Se não vejamos.

O art. 226, § 3º da Constituição e da mesma forma o art. 1.723 do CC/02 relatam que “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” O texto constitucional, como também o infraconstitucional, são bastante claros ao enfatizar que a união será reconhecida entre o homem e a mulher, mas não estão a dizer que

³¹⁵ MELO, Elaine Cristina de Oliveira e. *Um novo modelo de família. Aspectos sócio-jurídicos da união entre homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 625, 25 março de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?i=6496> Acesso em: 05 de junho de 2010.

³¹⁶ *Ibidem*.

“não poderá ser reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo” ou que “é proibido o reconhecimento da entidade familiar formada entre duas pessoas do mesmo sexo”.³¹⁷

Daí é que advém o pensamento kelseniano que traduz o entendimento de que não podemos dizer o que não está escrito na norma, ou seja,

Se a lei, não exclui, expressamente, a proteção das uniões homoafetivas, então caímos no que Bobbio classificou de Norma Geral Exclusiva, que é uma das premissas básicas do pensamento Kelsiano, que afirma que "tudo o que não está explicitamente proibido, está implicitamente permitido", idéia protegida pela nossa Constituição Federal que afirma que "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei". (art. 5º, inciso II).³¹⁸

Portanto, não podemos assim dizer que a Constituição está a proibir a união entre pessoas do mesmo sexo, haja vista que, não há expressividade legal para isso, já que o próprio art. 226, § 3º somente menciona a formação da união estável com a duplicidade de sexos não mencionando a proibição da formação da união de pessoas do mesmo sexo.

Neste sentido, importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, que atesta que se não há restrição literal na norma, logo, não é possível negar-se direitos, portanto,

(...) Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir

³¹⁷ Paulo Vecchiatti ensina que a interpretação equivocada do texto constitucional bem como do Código Civil de 2002 é consequência das idéias conservadoras formadas por entendimentos legalistas ultrapassados. Nesse sentido: “*Somente um positivismo legalista já ultrapassado, pautado na legalidade estrita, faria que as redações dos dispositivos supratranscritos (art. 1.514, do CC/02 e art. 226, §§ 3º e 5º da Constituição) impossibilitassem o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ante a expressão ‘o homem e a mulher’ neles existente.*” In: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 414.

³¹⁸ RATACHESKI, Irã Sfeir. *A união homoafetiva perante a Constituição Brasileira e a sociedade*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/rod.29.05-04.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.(...).³¹⁹

Assim, se o art. 226, §3º não proíbe expressamente que se forme a união entre pessoas do mesmo sexo, então a interpretação não pode se dar de maneira diversa, ou seja, se não está proibido expressamente, então, significa que implicitamente é permitido a formação da união entre pessoas do mesmo sexo. Logo, a premissa kelseniana assim seria interpretada: o que está expresso no texto e não é proibido → “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher”; o que está implícito no texto e poderia (deveria) ser permitido → “é reconhecida a união estável entre homem e a mulher, bem como entre homens e mulheres, independente de sua orientação sexual.”³²⁰

A interpretação dessa premissa no âmbito do art. 226, §3º, da Constituição e do art. 1.723 do Código Civil traz a idéia de que não se pode colocar palavras que não existem no texto, afrontando, deste modo o desejo do legislador, sendo que, se referidos diplomas, realmente proibissem a união entre pessoas do mesmo sexo, deveria ser disposto expressamente dita proibição, o que não é o caso de nenhum dos artigos supracitados. Deste modo, “tanto não há proibição ao casamento civil homoafetivo, que os taxativos impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do Código Civil não dizem que ‘não podem contrair casamento civil duas pessoas do mesmo sexo.’”³²¹

³¹⁹ Recurso Especial nº 820475-RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Quarta Turma. Data do Julgamento: 02/09/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=homossexual&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

³²⁰ Em nota: Trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 proposta pela Procuradoria da República, perante o STF, que aduz em seus termos acerca da vedação da proibição da vedação do reconhecimento das relações homoafetivas: “*Se houvesse expressa determinação constitucional excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol das entidades familiares, seria o caso de capitular no debate hermenêutico. Teríamos aqui uma regra destoante num regime constitucional tão humanista, cuja superação, entretanto, demandaria alteração no texto constitucional por via de emenda.*” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

³²¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 415.

Este entendimento da proibição, ou a nosso ver, da interpretação equivocada, além de ser uma forma contrária de ver o direito, é uma forma de negar um direito a quem lhe pleiteia, negando a igualdade e a liberdade da pessoa na escolha de sua orientação sexual.

Assim, não há como dizer que não há permissão legal para tal, já que ambos os textos da Constituição e do Código Civil não relatam acerca da proibição, já que esta decorre de uma interpretação equivocada do texto normativo, contorcendo entendimentos que não estão implícitos na norma. Da mesma forma explica o professor Vecchiatti:

Com efeito, no caso concreto, tem-se que a Constituição e o Código Civil foram omissos no que tange à união homoafetiva, no sentido de que não regulamentaram de forma expressa, quando trataram da união estável e do casamento civil, os contornos das uniões amorosas formadas por pessoas do mesmo sexo. Contudo, isso não implica, de forma alguma, concluir que ditos diplomas proibiram-nas aos homossexuais(...) ou seja, se ditos diplomas proibissem o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, teriam um dispositivo que traria expressamente dita proibição, o que não ocorre em nosso atual ordenamento jurídico.³²²

Desta forma, a interpretação equivocada do texto normativo pode acabar invocando entendimentos que podem prejudicar uns em detrimento de outros, como é o caso das relações homoafetivas. Não reconhecer as uniões homoafetivas por considerar que não estão reguladas, é o mesmo que dizer “se não estiver escrito, não defiro” ou “se não estiver escrito, não há como proceder ao pedido, por impossibilidade jurídica do mesmo”.

O que se tem, portanto, é que alguns aplicadores do direito desconhecem as formas de integração normativa, retirando do seu próprio conhecimento uma forma de evoluir³²³ o direito. Há alguns que ainda relatam em suas decisões

³²² Ibidem, p. 415.

³²³ Em nota: decisão da Justiça Federal que reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo, considerando a analogia e as novas formas de interpretação do texto normativo como forma de evolução do próprio direito: “TRF 4º Região - A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. **2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório**. 3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. **4. A evolução do direito deve**

“inteligência do art.226, § 3º³²⁴, aplicando-o literalmente, sem nenhum esforço para sua devida interpretação ou sendo esta equivocada. Conforme bem explica Maria Berenice Dias,

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade, ensejar a consagração de injustiças e autorizar enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial. **Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.**”(grifo nosso)³²⁵

Mesmo se estivesse regulado que seria cabível o reconhecimento entre casais entre pessoas do mesmo sexo, esta norma seria inconstitucional por ferir o princípio da igualdade e por conseqüência o princípio da liberdade de escolha, já que como dito em situações anteriores, a expressão “de qualquer natureza” engloba também as desigualdades fundadas na orientação sexual.

acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. (TRF 4ª R., AC nº 349785, j. 21.11.2000).”(grifo nosso). Disponível em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1&idJurisSubAssunto=1>. Acesso em: 06 de julho de 2010.

³²⁴ Em nota: alguns julgadores ainda relatam em suas decisões que o art. 226, § 3º da CF/88 restringe o reconhecimento da união estável somente ao casal formado entre o homem e a mulher, não alcançando, desta forma, os casais formados entre pessoas do mesmo sexo, sendo que, por tudo o que já foi explanado neste trabalho, tal entendimento se torna equivocado, haja vista, que não pode haver interpretações que possam causar prejuízos a uma pessoa pelo fato de sua orientação sexual. Nesse sentido: “*Ação Declaratória de Existência de União Estável - Relação homoafetiva - Sentença de procedência - Impossibilidade - Normas constitucionais e infra-constitucionais que não albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual - Legislação pátria que prevê união estável somente entre homem e mulher - **Inteligência dos art. 1.723 do Código Civil, art. 226, § 3º da Constituição Federal** e art. 1º da Lei nº 9.278/96. Sentença reformada. Inversão dos ônus da sucumbência - Recurso provido. Apelação 994093422625. Relator(a): Luiz Antonio Costa. Comarca: Americana. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16/12/2009.” (grifos nossos) e “*Ação de reconhecimento de união homoafetiva. **Diversidade de sexos como requisito objetivo ao reconhecimento da união estável.** Aplicação do disposto no art. 226, par. 3o, da CF e art. 1.723 do CC. Extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido preservada. APELO IMPROVIDO. Apelação 990101202131. Relator: Donegá Morandini. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 25/05/2010.” (grifo nosso) Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 06 de julho de 2010.**

³²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoasv02n03art02_dias.pdf Acesso em: 06 de julho de 2010.

Mormente a isso temos que a função do legislador está ligada umbilicalmente a necessidade do cumprimento da Carta Constitucional, mas antes de tudo, deve precipuamente, fazer que se cumpra os direitos daqueles que o pleiteiam. Por conseqüência, trabalhar no sentido em prol da sociedade, seria mais viável ao invés de se trabalhar em prol do interesse próprio de cada parlamentar, sendo beneficiada somente uma classe defendida por aquele.

Desencadear o entendimento de que não está vedado em nenhum momento a proibição do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo é uma tarefa árdua que exige em demasia a consciência dos aplicadores, dos legisladores e operadores do direito e da mesma forma da sociedade.

Nesse sentido, não podemos dizer que através da Lei 11.340 de 2006 – Lei Maria da Penha, houve o reconhecimento expresso das uniões homoafetivas, muito pelo contrário, não basta a menção em um texto infraconstitucional, é necessário otimizar a compreensão que o reconhecimento já está claro, embora implicitamente, e ainda necessitando de um respaldo legal mais forte e consistente de forma a delinear a forma de reconhecimento de tais uniões. Por conseguinte, a Lei Maria da Penha, embora tenha em seu texto expresso a menção de que o reconhecimento de agressões independe de orientação sexual, não houve ainda reconhecimento expresso e definitivo das uniões homoafetivas, pois, a esta lei não conseguiu suprir a omissão legal existente quando se trata das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Mas para que haja o reconhecimento e que se supra a omissão legal existente, além dos elementos integradores já citados neste trabalho, entendemos que seja necessário, embora não seja de importância, mas que poderia ajudar na confecção dos moldes de uma lei, seria a ponderação a necessidade e a realidade. Todos estes elementos, se jungidos trariam uma melhor compreensão do que viria a ser o reconhecimento das relações homoafetivas, haja vista que, pela omissão legal desta todos estes três pontos são cumpridos da seguinte forma: ponderação → valores e princípios constitucionais (igualdade, dignidade, liberdade); necessidade →

surgimento de um novo direito; realidade → surgimento de um novo direito agregado a diversas demandas no Judiciário e o crescimento das uniões homoafetivas.

Entretanto, são necessários muitos avanços no Brasil; no processo legislativo a tramitação de projetos de lei precisa ser mais rápida e eficaz, os deputados e senadores não podem ficar a mercê de seus preconceitos, dogmas pessoais que carregam para a atividade profissional, pois, o que se está a fazer ali no Congresso Nacional, não é defender suas opiniões pessoais e sim, defender os interesses do povo que os elegeram.

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém pode, muito menos os aplicadores do Direito, fechar os olhos, assumindo uma postura preconceituosa ou discriminatória, confundindo as questões jurídicas com questões morais e religiosas.³²⁶

E quanto ao Judiciário, àqueles que ali estão a defender o ideal de justiça, devem antes de tudo se atentar ao fato de que os julgamentos não são apenas o livre convencimento por parte do juiz, mas sim, o enfrentamento da norma como foi posta e como seria o ideário de sua aplicação idealizado pelo legislador e os princípios preconizados pela sociedade civil e jurídica.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.³²⁷

³²⁶ DIAS, Maria Berenice. **A homoafetividade como direito**. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau. (Org). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 342. Também disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=e5ctyMqylq8C&pg=PA345&dq=uniao+homossexual&lr=&cd=21#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 de abril de 2010.

³²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoasv02n03art02_dias.pdf Acesso em: 06 de julho de 2010.

4.1.2 Artigo 226, § 3º da Constituição e artigo 1.723 do Código Civil: inconstitucionalidade ou incompatibilidade? (2ª causa)

Se a omissão legislativa pode ser uma das causas pelo não reconhecimento das uniões homoafetivas, então, também podemos dizer que uma interpretação equivocada do texto normativo também pode gerar essa causa. Ou até mesmo o texto que não se ressalta das uniões entre pessoas do mesmo sexo apesar de nada dizer, ainda assim é servido como causa para proibição do reconhecimento e da mesma forma o art. 1.723 do Código Civil.

Mas se assim o é, então o que podemos dizer acerca desses artigos: inconstitucionais ou incompatíveis? Se dissermos que são inconstitucionais não haveria desarmonia em considerar uma norma constitucional inconstitucional? De forma contrária o texto do art. 1.723, pode ser considerado inconstitucional, por não ser norma de caráter constitucional.

Então, como resolver: inconstitucional ou incompatível com a Constituição? Esse é o problema que passamos a destacar.

Segundo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, proposta pela Procuradoria da República e posteriormente convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, nº 4277, sob relatoria da Min. Ellen Greicie, aduz em seus termos que o art. 1.723 do CC/02 fere diretamente os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica e desta forma deve ser feita a interpretação conforme do referido artigo de acordo com os princípios constitucionais.³²⁸ Já quanto ao art. 226, § 3º da Constituição a referida ação aduz que, não sendo possível a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional, deve-se interpretar referido artigo

³²⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

de acordo com a exegese do princípio da unidade constitucional, afim de se evitar antagonismo com os princípios fundamentais da Carta Constitucional.

Trataremos então, primeiramente a questão do texto constitucional.

O art. 226,§ 3º, da CF/88, ressalta que é reconhecida a união estável formada entre o homem e a mulher; já o art. 3º, IV, da CF/88 ressalta que é objetivo fundamental da República do Brasil a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza. E então como resolver o impasse? Um artigo fala da formação da união estável entre homem e mulher sem aduzir acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo, já o outro aduz acerca da proibição acerca de preconceitos de qualquer natureza. Impasse claro entre uma norma-princípio constitucional e uma norma do mesmo texto normativo. Como resolver?

Há aqueles que defendem que pelo princípio da unidade não se pode e nem poderia haver hierarquia entre as normas constitucionais o que levaria a uma desarmonia na ordem democrática dos valores constitucionais³²⁹. Contudo, não podemos deixar de considerar e declarar veementemente que há realmente um conflito de normas constitucionais, uma antinomia de normas originárias, ao passo que “(...) dizer o contrário implicará fechar os olhos à realidade.”³³⁰

Então se a solução não pode se dar pela mera interpretação do princípio da unidade, já que é clara a antinomia efetiva existente entre a norma do art. 226, § 3º e os princípios da igualdade e da dignidade, então devemos passar a outra forma de solução do problema proposto.

³²⁹ Entre os autores pode-se citar o professor Alexandre de Moraes.

³³⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 335.

E é com base na proposta do professor Virgílio Afonso da Silva³³¹ que passamos a solucionar o problema da antinomia existente entre as normas constitucionais em questão.

Segundo este professor, há entre as normas constitucionais uma espécie de hierarquia formal, onde algumas normas seriam superiores (formalmente) às outras de acordo com o grau de complexidade para mudança de texto, em outras palavras, há uma hierarquia formal das cláusulas pétreas em relação às demais normas da Constituição que é vista devido ao grau de complexidade de alteração do texto, e por consequência, esta maior complexidade seria das cláusulas pétreas que necessitam para sua mudança o rito da emenda constitucional.

Considerar este entendimento parte ao raciocínio de que a superior condição das cláusulas pétreas das normas-princípios da dignidade e igualdade ensejariam a contradição e incompatibilidade da interpretação do art. 226, §3º para com estes, ou seja, interpretar unicamente este artigo da união estável seria incompatibilizar o entendimento dos princípios fundamentais como normas de hierarquia superior (formalmente). Em outras palavras:

Assim, reconhecendo-se a hierarquia formalmente superior das cláusulas pétreas em relação às demais normas constitucionais, a interpretação restritiva do art. 226, § 3º, da CF/88, que impossibilita o reconhecimento da união estável homoafetiva, por contrariar cláusulas pétreas, implica inconstitucionalidade da referida restrição, por afronta a norma constitucional hierarquicamente superior.³³²

Contudo, muito fácil seria somente este entendimento de uma hierarquia formal entre as normas constitucionais desconsiderando o entendimento do princípio da interpretação da unidade constitucional. Seria muito fácil dizer que os princípios fundamentais seriam (e são – a nosso ver) superiores e assim as demais normas que os contrariassem na solução de conflitos seriam hierarquicamente (formal) inferiores. Embora esta seja uma solução simples ainda há muito o que se discutir, pois, se assim fosse não seria necessária tanta discussão acerca do assunto.

³³¹ *Apud*, *ibidem*.

³³² *Ibidem*, p. 336.

Continuando na solução do problema ainda temos a questão do poder constituinte originário, qual seja, aquele que é inicial, ilimitado, incondicional e autônomo³³³. Segundo esta tese o poder originário constitucional, por seu caráter inicial e autônomo, poderia impor uma interpretação única da Constituição, onde não se poderia questionar valores outros através do surgimento de novos direitos, ou seja, o próprio poder originário poderia excepcionar a hierarquia dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito em detrimento da isonomia.³³⁴

Partindo desta concepção, nem precisamos ir muito longe para dizer que esta concepção é completamente equivocada, haja vista que, embora o poder constituinte originário seja inicial e autônomo não pode ele impor que sejam desregradas regras constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito em prol de interpretações outras próprias do legislador.

Interpretar desta forma, é o mesmo que negar a democracia legislativa e o ciclo de direitos colocados pela Constituição de 1988. Se assim o fosse, não seriam necessárias regras para que se definissem quais direitos seriam melhores respaldados ou que valores seriam seguidos pelo ordenamento, haja vista que, o poder originário já os definiu e assim não quer que os modifique, o que é completamente ditatorial, onde não poderia haver novas evoluções na forma de interpretar o direito; negar a supremacia dos valores constitucionais seria o mesmo que negar a evolução de um Estado Democrático, pois, nenhum sistema normativo pode ser considerado isoladamente; nenhuma norma resiste isoladamente no mundo jurídico, toda interpretação depende de um fundo sistêmico para ter respaldo; se não há outras normas que asseguram um direito, então não há que se assegurar um direito em uma interpretação única para todas as situações, que embora compatíveis, demandam diferentes formas de interpretação. O que diferentemente deve ocorrer é a interpretação de modo sistemático, analisando todo o sistema em

³³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

³³⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 335.

que uma determinada norma está inserida, avaliando se uma situação se adéqua ou não ao direito pleiteado.

Além do mais, a vontade do legislador constituinte de 1988 não foi a desarmonia entre as normas constitucionais ali ora postas, mas sim a harmonia dos preceitos fundamentais garantidores do surgimento de um novo Estado, liberto do regime anti-ditatorial e de acordo com a nova ordem mundial do surgimento dos direitos humanos, sobretudo, garantindo a consciência da liberdade, da igualdade e da dignidade como seus preceitos fundantes máximos.

Em razão disto, é que podemos dizer, e como já foi esboçado em nosso entendimento anterior, que na colisão entre regras e princípios constitucionais, deve prevalecer o princípio, por se caracterizar este por sua posição de hierarquia formal, bem como por caracterizar “(...) tudo aquilo que deve ser seguido por todo o documento legislativo, ou seja, por todas as regras constantes da lei ou Constituição em questão.”³³⁵

Sobretudo, não devemos nos olvidar que alhures dissemos e discorremos acerca da hierarquia entre normas e princípios³³⁶, balizando quais deles devem preponderar quando se trata da interpretação constitucional, prevalecendo, conforme entendimento destacado a hierarquia dos princípios de ordem constitucional fundamental sobre as normas. E nesse patamar não é demais lembrar que a violação de uma norma-princípio fundamental, seja no caso da dignidade da pessoa humana, seja no caso da igualdade e da liberdade, enseja violação grave ao Estado Democrático, desrespeitando os ditames colocados na Carta Constitucional pelo próprio legislador constituinte.

Conforme já averbado anteriormente, não é demais relembrar lição do eminente professor Celso de Mello, no sentido de que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes

³³⁵ Ibidem, p. 338.

³³⁶ Vide capítulo 02.

normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a Tonica e lhe dá sentido harmônico...**Violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.**³³⁷ (grifo nosso)

Logo, como dito alhures, no conflito entre normas e princípios, prevalecem estes últimos, sob a base valorativa em que estão inseridos nos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito do país em que estamos inseridos.

Para findar este assunto da antinomia, partimos dos conceitos que foram expostos acima até o real entendimento dos artigos em destaque.

O art. 226, § 3º, da CF/88, também é, como muitas outras normas, um direito fundamental, um direito a escolha, um direito a liberdade de formação da família, portanto, um direito fundamental; entretanto, o art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, aduzem a liberdade e a igualdade também como direitos fundamentais, logo, se a constituição de união estável proposta pelo art. 226, § 3º entre homem e mulher é um direito fundamental, e desta constituição proposta está implicitamente negado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, então forma-se a antinomia entre duas normas, entre dois direitos, quais sejam, o da liberdade (de escolha, de orientação sexual), igualdade e dignidade *versus* o direito de formação da união estável. Assim, se ambos são direitos fundamentais, mas se o art. 226, § 3º está destoante com o art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, então qual deles deve prevalecer? A interpretação única e restrita da norma da união estável nos levaria ao entendimento que seria vedado por completo a união entre pessoas do mesmo sexo e assim estaria se negando o direito a livre liberdade de escolha ferindo a dignidade própria do ser humano. Contudo, se analisada referida norma de acordo com a interpretação sistemática, veremos que este artigo poderá ser interpretado de modo

³³⁷ *Apud*, BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.153.

a consolidar o entendimento do reconhecimento da formação da união estável entre casais homoafetivos. Para melhor elucidar, trazemos lição do autor Paulo Vecchiatti:

Note-se, ainda, que a união estável é um direito fundamental fora do catálogo do art. 5º, da CF/88; contudo, a discriminação oriunda da interpretação restritiva que venha a não-reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva não pode ser tida como fundamental, pois: (a) discriminar não é um direito; (b) inexistente manifestação do Constituinte Originário nesse sentido; (c) essa suposta restrição não se encontra embasada em nenhum outro princípio fundamental; (d) dita restrição não tem fundamento lógico-racional que a sustente.³³⁸

Diante do arcabouço jurídico exposto, então o que dizer do art. 226, § 3º, inconstitucional ou incompatível com os ditames constitucionais? O termo incompatibilidade está melhor adequado ao caso, todavia, demonstramos que a antinomia entre as normas da união estável e da igualdade, liberdade e dignidade encontram-se em antinomia real o que poderia gerar a inconstitucionalidade da norma da união estável por contrariedade aos princípios fundamentais, como bem sustentam alguns autores.³³⁹ Contudo, nos sustentamos pelo entendimento da incompatibilidade da norma da união estável em detrimento dos princípios fundamentais, lembrando o posicionamento da hierarquia isonômica da Constituição ao instituir através deste que:

(a) por ser ela (isonomia) um mandamento nuclear do sistema, que, portanto, deve ser respeitado por todas as regras constitucionais; e (b) por ser ela (isonomia) um princípio denominado fundamental pelo Constituinte Originário, o que a coloca inegavelmente em grau superior à suposta restrição constante do § 3º do art. 226 da CF/88, que não foi denominada como fundamental (...).³⁴⁰

Se o art. 226, § 3º da Constituição demonstra plena incompatibilidade com os preceitos fundamentais democráticos, então nos deparamos com outro problema, qual seja, como solucionar a incompatibilidade de entendimentos de normas constitucionais? Na tentativa de solucionar a questão, nos atemos,

³³⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 341.

³³⁹ Nesse sentido ver VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 335-344.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 343-344.

primeiramente a ainda destacar a questão do art. 1.723, do Código Civil, para posteriormente, adentrarmos a esta questão.

Findo a análise do art. 226, § 3º, da Constituição, passamos agora a análise do art. 1.723 do Código Civil que não ensejará maiores esclarecimentos, haja vista que, mesmo possuindo o mesmo texto literal do art. 226, § 3º, sua hierarquia de norma não enseja grandes discussões acerca de sua incompatibilidade com a Constituição.

O texto literal do art. 1.723 do Código Civil por ser cópia literal do art. 226, § 3º da Constituição foi destaque na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, já destacada acima. De acordo com esta ADI pleiteia-se³⁴¹ a declaração da interpretação da norma da união estável do Código Civil de acordo com os princípios constitucionais da igualdade, dignidade, liberdade e segurança jurídica, aplicando-se no caso, o controle de constitucionalidade com uma interpretação conforme sem redução do texto.

Da mesma forma que o artigo constitucional que trata da união estável, o artigo do Código Civil também segue a linha de incompatibilidade com os textos constitucionais, já que não garante aos casais homoafetivos a possibilidade de reconhecimento e de direitos civis. O que se tem nesta norma infraconstitucional é a condição da formação da família, concedendo a esta nova formação (união estável) a possibilidade de uma série de direitos aos casais heteroafetivos, como a aplicabilidade do regime parcial de bens (art. 1.725), a conversão da união em casamento (art. 1.726), entre outros.

Portanto, ao estipular que a formação de família se dará da união entre um homem e uma mulher somente, está, desta forma, a esbarrar no princípio

³⁴¹ A ação originária foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, que foi convertida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, na época o Ministro Gilmar Mendes, por considerar que não restaram claros os atos lesivos praticados pelo Poder Público, e desta forma, para que a ação não fosse declarada inepta, atendeu ao pedido subsidiário da ação, qual seja, se não sendo recebida no rito da ADPF, que fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerendo a interpretação conforme do art. 1.723, do Código Civil de acordo com os princípios fundamentais.

constitucional da igualdade, ao retirar dos casais homoafetivos a condição de reconhecimento de suas uniões, já que, a formação destas últimas é diferente daquelas, sendo, pois, formada pela união entre duas pessoas de mesmo sexo, sem a participação de terceiro de sexo oposto.

Se para a formação da união estável, que pode ser convertida em família, a interpretação do art. 1.723 do Código Civil aduz que *“é reconhecida a união entre o homem e a mulher”*, então, da mesma forma podemos dizer que a formação da união estável também pode ser formada entre “dois homens” ou “duas mulheres” ou “entre pessoas do mesmo sexo”, já que a norma é clara ao dizer que é dado o reconhecimento, sem dizer “é vedado o reconhecimento” ou seja, a norma seria lida da seguinte forma: *“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, somente, sendo vedado, para efeitos legais, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar.”*

Ao interpretar a norma da forma supra citada, está-se claramente a contrapor dois institutos legais, quais sejam, o da união estável e sua conversão em família e o princípio da igualdade, por vedar que diante da interpretação jurídica, casais homoafetivos tenham o mesmo direito que os casais heteroafetivos. E desta forma, contrapõe-se uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional, ou, se considerarmos o art. 226, § 3º da Constituição, teremos, como dito acima, o embate entre duas normas constitucionais.

Se assim temos o embate entre duas normas constitucionais, ou no caso do art. 1.723, do Código Civil, embate entre norma constitucional e norma infraconstitucional, como então proceder para que uma norma não seja interpretada de forma a afrontar outra, ou que esta ao ser interpretada não entre em conflito direto com outra que regula sobre o mesmo assunto? E é sobre esta indagação que passamos a discorrer no próximo tópico.

4.1.3 A incompatibilidade entre a norma da união estável (art. 226, § 3º, da Constituição e art. 1.723, do Código Civil) e os princípios constitucionais da igualdade, dignidade e liberdade e ausência de regulamentação. Interpretação conforme, uma forma de solução?

Nos tópicos que se precederam discutimos acerca das possíveis causas que são relacionadas ao fato do não reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, apontando para tanto, a ausência de regulamentação (omissão legal) e a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e infraconstitucional do Código Civil. Por conseguinte, apresentada as causas do não reconhecimento destas uniões, é necessário discutirmos agora acerca de uma possível solução para o correto entendimento e compreensão acerca das uniões homoafetivas.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 apresentada perante o Supremo Tribunal Federal apontou-se para uma possível solução para que haja o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, apontando para tanto, a técnica da interpretação conforme sem redução do texto.

Segundo esta ação a Procuradoria Geral da República alega que o art. 1.723, do Código Civil, que relata acerca do reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher seria incompatível com os preceitos máximos do estado democrático (igualdade, liberdade e dignidade) e, portanto, seria necessário que se aplicasse ao caso, a interpretação conforme deste artigo com os princípios constitucionais. De acordo com o próprio pedido da ação:

Com efeito, toda a argumentação constante da petição inicial é no sentido de que ofende aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da vedação de discriminações, bem como os direitos fundamentais à liberdade e à segurança jurídica, o não-reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. (...) Tal dispositivo – art. 1.723, do Código Civil – vem sendo interpretado pela jurisprudência dominante de forma literal, para excluir do seu campo de incidência a união homoafetiva. Contudo, a única interpretação que torna tal preceito compatível com a Lei Maior é a que concebe a expressão ‘entre homem e mulher’, contida em seu texto, como meramente exemplificativa, de forma a admitir a interpretação analógica do dispositivo, para que ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que esta se configure como ‘convivência pública, contínua e

duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Adotada tal exegese, que o texto normativo não exclui, o art. 1723 torna-se compatível com a Constituição Federal.³⁴²

Portanto, vemos claramente que segundo esta ADI foi dada como solução para o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, a técnica da interpretação conforme sem redução do texto, que mesmo sendo um forma de técnica interpretativa é também uma das bases do controle de constitucionalidade.

Este princípio é

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação (...), o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correição funcional.³⁴³

A partir de então nos perguntamos, se o art. 1.723, do Código Civil se mostra incompatível com os princípios constitucionais, então por que não se declara inconstitucional o dispositivo ao invés de meramente interpretá-lo conforme a Constituição?

A interpretação conforme não é meramente uma forma de interpretar a Constituição, mas sim, uma forma de consolidar o entendimento jurisprudencial, sem que seja necessária a redução ou retirada completa de um dispositivo do ordenamento jurídico, fazendo com que uma norma seja também válida para uma situação “X” sem que para isso deixe de ser válida para uma situação “Y”, como no caso da união estável, a qual não está a se desejar que esta regulamentação seja retirada do ordenamento jurídico, desfazendo por completo o reconhecimento da união estável como entidade familiar, mas sim, que seja também estendida às uniões entre pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos inerentes àquelas uniões, razão pela qual, não se quer a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas

³⁴²Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>. Acesso: 04 de julho de 2010.

³⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119.

sim, que se estabeleçam entre os entendimentos possíveis, aqueles que mais se adéqüem aos preceitos constitucionais, fazendo com que a norma que aparentemente se apresente como inconstitucional, se mostre compatível com a Constituição.

Assim temos que se o art. 1.723, do Código Civil, porventura, fosse declarado inconstitucional, então teríamos dentro do ordenamento jurídico a formação ilegal da união estável, sendo esta considerada inconstitucional, bem como, o seu reconhecimento como entidade familiar enfrentaria fortes questões acerca da matéria, pois, esta norma, como muitas outras, consubstancia-se em direito adquirido para quem viveu e quem vive em união estável e pleiteia o seu reconhecimento como entidade familiar.

Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade da união estável retiraria do ordenamento jurídico, não somente o direito à formação da entidade familiar entre o homem e a mulher, mas também, entre os casais homoafetivos, já que, ao passo que se não for reconhecido o direito àqueles que já são assegurados por lei, então por que haveria de assegurar algum direito ou reconhecimento de união aos casais homoafetivos? Assim, declarar a norma da união estável inconstitucional, seria o mesmo que retirar dos casais homoafetivos o direito ao seu reconhecimento. Seria o mesmo que retomarmos a “*estaca zero*”.

De outra forma, também podemos dizer que não seria eficaz a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo fato de que:

(...) apesar da aparência de inconstitucionalidade da lei em questão, dita inconstitucionalidade não se refere ao objeto (núcleo essencial) propriamente dito da lei, mas apenas ao âmbito de sua abrangência, além do fato de que a lei, apesar de ser inconstitucional se adotada determinada interpretação, possui uma importante relevância para a sociedade, razão pela qual precisa ser mantida.³⁴⁴

³⁴⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 172.

Por conseqüência, podemos então concluir que, se caso declarada a inconstitucionalidade do art. 1.723, do CC/02, por conseguinte as uniões estáveis e sua formação em entidade familiar será considerada inconstitucional, bem como os direitos advindos desta, e assim, se não mais reconhecida os direitos inerentes à união estável não haveria porque se reconhecer tais direitos às uniões homoafetivas.

De forma contrária, se caso aplicada a interpretação conforme a Constituição, sem redução do texto, ao dispositivo em questão, teríamos a situação de duas interpretações possíveis, quais sejam, o já e adquirido reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher e sua vedação ao reconhecimento das uniões homoafetivas, e de outro lado, o já e devido reconhecimento às relações heteroafetivas e por conseqüência, a não-vedação, ou seja, o reconhecimento da formação da entidade familiar formada entre duas pessoas do mesmo sexo, sendo possível, desta forma, entre várias interpretações/entendimentos possíveis da norma, a colocação de um que seja compatível com os preceitos constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade.

Estipular a interpretação conforme como uma forma de solução para o não-reconhecimento das relações homoafetivas é uma maneira de se considerar que a Constituição não pode ser interpretada isoladamente, sendo necessário que todo o conjunto de seus dispositivos sejam interpretados de maneira tal, de modo a não interferir no conjunto harmônico formado entre os preceitos da tríade máxima democrática (igualdade, dignidade e liberdade), consubstanciando o fortalecimento da unidade das normas constitucionais.

Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.³⁴⁵

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

Da mesma forma em que é necessária uma solução para o não-reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, utilizando-se a interpretação conforme, é necessário também que se estipulem requisitos para que esta interpretação possa se dar de maneira correta sem que possa causar ou prejuízos ou benefícios para qualquer das partes. E desta forma, são apontados dois requisitos, quais sejam, a necessidade e a utilidade.

A necessidade se justifica pelo fato da manutenção da lei no mundo jurídico, ou seja, que ao se interpretar a norma não seja ela declarada inconstitucional ao passo de retirar do mundo jurídico fatos ou direitos outros de modo a prejudicar situações compatíveis com o direito pleiteado em uma ação de controle de constitucionalidade. Da mesma maneira também podemos dizer que a necessidade deve ser utilizada pelo fator de sua utilização, ou seja, baseia-se no fato de que a literalidade da norma impugnada está carregada de inconstitucionalidade,³⁴⁶ em outras palavras, de acordo com Eduardo Appio “(...) apresenta sinais evidentes de sua nulidade, caso interpretada em seu sentido literal, permitindo ao aplicador do Direito declarar a sua nulidade, amparado no princípio da supremacia formal da Constituição.”³⁴⁷

Já o requisito da utilidade baseia-se na situação de eficaz utilização do meio jurídico de declaração de inconstitucionalidade para quem a pleiteia, o que é formalmente aparente com a condição da ação do interesse de agir.

Apontado os requisitos da interpretação conforme, agora, apresenta-se formalmente demonstrada a possível solução para a incompatibilidade da norma da união estável do Código Civil e os preceitos constitucionais.

Contudo, mesmo tendo demonstrado a interpretação conforme como possível solução, ainda temos que demonstrar quais serão os efeitos que esta solução causará no âmbito jurídico, social e cultural, que será demonstrada nos

³⁴⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 173.

³⁴⁷ *Apud*, ibidem, p. 173.

tópicos seguintes, sendo que primeiramente apresentaremos as novas formas de interpretação constitucional como forma de consolidar o entendimento da interpretação conforme balizando a formação de um novo direito.

4.2 Efeitos e conseqüências do reconhecimento das uniões homoafetivas

Como efeito do surgimento de um novo direito, sempre surgem conseqüências em todos os meios, seja cultural, jurídico ou social, não importa, efeitos de novas situações sempre surgem, e através destes trazem a conseqüência de novas demandas judiciais, ou seja, surgem novos direitos.

Podemos assim dizer que esse novo direito, o direito homoafetivo busca através do reconhecimento das uniões homoafetivas o status jurídico-familiar destas relações, ou seja, não se busca aqui agregar nenhum valor religioso ou querer que as religiões aceitem estas relações, o que se busca é o reconhecimento jurídico para que através deste possa se garantir a estas uniões direitos que são deferidos aos casais heteroafetivos. Portanto, não se busca algo surreal ou algo subjetivo, muito menos a mudança completa do texto constitucional, o que se busca é garantia de direito com o reconhecimento de tais uniões como status familiar perante o ordenamento jurídico, sem adentrar em campos éticos, morais e sociais.

Como dissemos acima, as relações homoafetivas como um novo direito, mesmo sendo conhecido anteriormente, ainda traz em seu bojo muitas conseqüências, sejam elas no campo jurídico, social ou cultural. O que sabemos é que devido a grande carga cultural eivada de preconceitos existente nessas uniões, faz com que os efeitos não sejam sempre desejados por quem pleiteia os direitos advindos destas uniões.

O legislativo está empedrado no sentido de consolidar leis que formalizem os direitos dos casais homoafetivos, e ainda mais pela carga cultural existente que torna o processo legislativo se torna mais lento.

Neste sentido,

Preconceitos de ordem moral ou ética não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o medo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homossexuais.(...)³⁴⁸

Contudo, tentativas não faltam para tentar consolidar o surgimento do “direito homoafetivo”, como as novas formas de interpretação e as decisões judiciais inovadoras que trazem em seu seio, conseqüências e efeitos jurídicos, sociais e culturais. É a partir destas tentativas que surge a indagação: quais serão as conseqüências do recém surgimento deste direito homoafetivo? E é a partir desta indagação que passamos a trabalhar.

4.2.1 Novas formas de interpretação – uma forma de superação para o surgimento de um novo direito: (1ª conseqüência)

O Direito evolui e com ele seu modo de pensar e interpretar. A literalidade da norma não é mais vista como único meio da solução de problemas; há muito mais do que simplesmente “ler” o dispositivo normativo e aplicá-lo ao caso concreto; se assim o fosse não seriam necessários maiores esforços nas demandas judiciais, pois, o aplicador do direito somente teria o esforço de ler e aplicar se caso fosse

³⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *A homoafetividade como direito*. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau. (Org). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 339. Também disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=e5ctyMqylq8C&pg=PA345&dq=uniao+homossexual&lr=&cd=21#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 de abril de 2010.

deferido o pedido de um caso “X”, e não deferido se a situação não se amoldasse a norma.

É por estas e outras que a atividade jurisdicional não pode se enrijecer ao passo que a modernidade faz aparecer cada vez mais novos direitos que não se amoldam aos dispositivos normativos, sendo necessário portanto, uma interpretação mais abrangente da norma pleiteada à aquele determinado direito para que esta supra a omissão legal que não é um problema fácil de ser resolvido, devido ao duro processo legislativo que se enquadra o ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo se assim não fosse, não se poderia deixar de responder àquele que busca uma resposta efetiva de um possível direito.

Interpretar literalmente a norma é desconhecer o direito e as normas integradoras da hermenêutica; a literalidade somente faz nascer o sentimento de anti-evolução do conhecimento normativo.

Se assim seguissemos em um sentimento de anti-evolução normativa, o art. 226, § 3º, da Constituição, somente poderia ser interpretado e aplicado às uniões formadas entre casais com duplicidade de sexos, sendo, em seguida, reconhecida esta como entidade familiar. Ou seja, se caso “X”(casal heteroafetivo) pleiteasse reconhecimento da união estável, logo seria deferido pelo seu enquadramento junto ao dispositivo legal, todavia se caso “Y” (casal homoafetivo) na mesma situação e equiparação de direitos pleiteasse reconhecimento da união estável, esta não seria reconhecida por não se amoldar ao que dispõe o art. 226, § 3º, da CF/88.

Felizmente podemos dizer que a interpretação normativa exige muito mais do que simplesmente o amolde ao caso, do que simplesmente “ler” o dispositivo. O querer da norma não se subtrai somente da leitura desta, mas sim de um desejo imanente do direito que ainda não foi reconhecido.

Se a norma se assim se põe, proposta a ser aplicada de uma maneira mais abrangente, então ainda há muitas questões que ainda precisam ser tratadas,

no âmbito da interpretação dos princípios constitucionais em face às relações homoafetivas.

Neste sentido, a hermenêutica constitucional vem a baila para nos revelar que não existem modos estáticos de interpretação de uma norma constitucional, e nem poderia haver, pois, situações se criam e se desfazem a todo instante, sendo que em um determinado momento pode-se interpretar a situação de maneira “X” e em outro momento de forma “Y”.

A hermenêutica ensina que nos métodos de interpretação a que se propõe o aplicador da norma constitucional não pode ser única e universal, ao passo de aplicar a mesma interpretação a todas as normas.

Em seu livro, Carlos Maximiliano³⁴⁹ ensina que

A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e freqüentes.

A partir do sentido de mutação constitucional, somos levados a concluir que o verdadeiro sentido da norma e o fim a que se propôs, é fato que não acontece na realidade brasileira, pois, muitas situações ainda carecem de proposições para chegarem ao fim a que foi proposto.

Desde a ruptura da teoria positivista, e a conseqüente abertura do neoconstitucionalismo³⁵⁰, doutrinadores vêm debatendo a respeito dos efeitos da nova base interpretativista da Constituição.

³⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.247.

³⁵⁰ Em nota: a expressão neo-constitucionalismo é expressão utilizada pela doutrina para designar o estado contemporâneo constitucional. Nesse sentido BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle nas políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2010.

Desde que rompeu-se com a idéia de que o juiz deveria aplicar somente o que estaria na norma, o positivismo, que teve como um de seus grandes precursores Hans Kelsen, com o livro *Teoria Pura do Direito*, o aplicador do direito foi posto a novas teorias e bases de interpretação, entre elas a teoria que rompeu com esta idéia, o neo-constitucionalismo.

Hoje não mais é usada a teoria do positivismo jurídico e nem o poderia ser, afinal, situações novas são criadas todos os dias e assim, como em muitos casos, uma situação nova pode ou não (o que é mais provável) não se enquadrar dentro da norma, e ficar assim, fora do âmbito de normatização da lei.

Assim serve-se o aplicador do direito das novas técnicas de interpretação conforme a Constituição que propõe novos sentidos a letra posta na lei sem redução ou aumento de seu texto, apenas aplicando a este a idéia de uma nova relação posta no mundo jurídico.

Neste diapasão a ponderação do intérprete, quando da análise das questões controversas, não pode aplicar, somente por aplicar, sem ter um critério de ponderação face aos princípios constitucionais.

Tanto é necessário, que a norma constitucional só passou a ser considerada como norma jurídica a partir do Século XX³⁵¹ e sua interpretação passou a ser circunstância da força normativa que foi garantida à Constituição.

Com a força que foi garantida à Constituição, o construtivismo judicial, que surgiu com o neo-constitucionalismo ponderou-se em avaliar novas situações no plano da análise da norma, pois, a idéia central do neoconstitucionalismo, baseia-se principalmente em dois fundamentos, ressaltando a idéia da quebra do positivismo, que são eles:

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> . Acesso em: 10 de julho 2010.

(i) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética e (ii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.^{352_353}

Em um breve apanhado podemos dizer que com base no neoconstitucionalismo, muitas idéias inovadoras vêm surgindo no âmbito do Direito, afastando-se a idéia de que tudo deve-se basear em um norma seca sem interpretação condizente com a realizada a que esta posta. Assim,

O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica. Nesse contexto se inserem, por exemplo, as discussões sobre a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, as possibilidades de controle das omissões inconstitucionais e os diversos estudos que procuram compreender e interpretar a legislação ordinária a partir do texto constitucional (...)³⁵⁴

Assim as relações homoafetivas devem e podem basear-se no ativismo judicial de interpretação da Constituição, chamando a responsabilidade da necessidade de juízes invocarem e aplicarem valores substantivos, como justiça, igualdade e ética, levando estes os aplicadores da norma constitucional a considerarem a interpretação da Constituição como ordem de valores e como elemento do processo de integração.

Em outras palavras, a interpretação da Constituição não pode e não deve limitar-se a análise fria de seu texto, deve aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico, subjacente ao seu texto. Deve o juiz integrar o texto à realidade entre os

³⁵² Ibidem.

³⁵³ Segundo Ana Paula de Barcellos, do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo se firma por três premissas a saber: “(i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (...); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.” In: BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle nas políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2010.

³⁵⁴ Ibidem.

preceitos jurídicos e os fatos que eles intentam regular, não afastando do âmbito de sua tutela quaisquer tipos de situações como às relações homoafetivas.

Portanto, deve o interprete e aplicador do direito integrar o sentido e validade do conceito a que foi dado na norma máxima do Estado, no que tange à relação de eficácia e validade (de exercício) dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade em face das relações entre pessoas do mesmo sexo.

De modo sintético, buscamos relacionar aqui as formas de interpretação extensiva que buscam alcançar a verdadeira finalidade da norma, “mesmo que a letra fria do texto normativo, aparentemente, não abarque todas as situações que o valor que ele visou proteger, na prática abrange”³⁵⁵, o que levamos a entender que a partir da interpretação extensiva, podemos aplicar a interpretação teleológica, como a forma mais abrangente de compreensão da norma, pois, esta tem por escopo identificar o fim a que se propôs o texto posto na norma, apontando seus valores e o seu objeto de proteção.

Aplicar o constitucionalismo contemporâneo como uma nova forma de interpretação do direito, é garantir que direitos não sejam aplicados, que situações não sejam desconsideradas do âmbito de proteção do direito. Este novo constitucionalismo vem demonstrar o antagonismo existente entre a interpretação meramente literal e garantia da concepção de um novo direito.

A idéia de justiça não baseia-se somente em aplicar o direito ao caso concreto, mas sim, aplicar o direito de maneira equânime de forma que o direito deve ser aplicado a todos indistintamente, garantindo a maior possível efetividade da norma que é pleiteada ao caso. E aqui enquadram-se as relações homoafetivas que devem ter seu escopo de proteção balizado pela aplicação igualitária da norma

³⁵⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008, p. 130.

jurídica de forma a evidenciar que a evolução do direito deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, que pleiteia, a cada dia, novos direitos.

4.2.2 Uniões homoafetivas e os reflexos na sociedade: efeitos jurídicos, sociais e culturais: (2ª consequência)

Quando nos deparamos com a notícia de que será possível o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, muitas questões vêm a tona, principalmente em torno da sociedade que se indaga: como será agora? Como vamos explicar essa situação para nossos filhos? Como vamos lidar com essa situação?

Seria estranho de um dia para outro se deparar com o noticiário e receber a notícia “oficializado o casamento homossexual”; seria muito estranho se estas uniões fossem desconhecidas ou não se soubesse nada delas, pelo contrário não há nada a se estranhar.

Mas os efeitos deste reconhecimento e suas consequências podem causar na sociedade não só indagações de meio cultural, mas também traz ao meio jurídico e social efeitos que necessitam ser adequados ao ordenamento vigente e no meio social cabe a afirmação de políticas públicas que possam afastar os maléficos entendimentos sobre o assunto.

Afinal, não é de hoje que nos vivemos em uma sociedade cada vez mais modernizada, onde toda a educação parte primeiramente dos fundamentos da informática. Partindo deste particular, muitos buscam informações sobre o que desconhecem no mundo eletrônico, chegando a algumas vezes a terem informações distorcidas sobre o assunto. Atualmente, toda a educação está sendo levada a cabo da tecnologia pela rede mundial de computadores, fazendo com que as pessoas acreditem na primeira informação e não questionem nada ou que acreditem em

informações falsas ou errôneas.³⁵⁶ Mas tudo isso são questões sociais e surge o impasse de como resolver.

Quanto mais a sociedade se desenvolve mais esta passa a ter novos conceitos éticos e morais, sobre o que é certo ou errado, sobre o que é bom ou mal; isto reflete diretamente no transcorrer do convívio social, que se reflete pelos posicionamentos fixados por aquela bem como baseado em alguns resquícios de conceitos anteriores.

Contudo, ainda há uma grande diferenciação entre o desenvolvimento da sociedade como um todo (coletivo) e o cidadão (pessoa individual), ambos, mesmo possuindo os caracteres de convivência da época, têm, mesmo que não saibam conceitos diferenciados que refletem na maneira de pensar, de agir, e de tomar decisões; nestas diferenças, muitas vezes, podemos ver que, um ou outro se sobrepõe, e até mesmo algumas sociedades, mesmo tendo passado por períodos de instabilização social, refletem hoje, a evolução da cultura e por conseguinte os direitos advindos desta.

Para que se faça um parâmetro do que foi dito acima, citamos dois exemplos que se tornarão muito claros, o primeiro de uma sociedade evoluída em que seus cidadãos também acompanham o crescimento social, no caso a Holanda; e segundo de uma sociedade que apesar de já ter tido períodos de instabilidade, ainda continua sofrendo com guerras, e que alguns de seus cidadãos aceitam a evolução social e outros ainda preferem a instabilidade social, no caso Israel. Veja nos exemplos que a diferença de culturas e valores entre uma sociedade e outra é muito grande, o que gera, muitas das vezes conflitos desnecessários, pois, quando não se está adaptado ao meio em que se vive, o cidadão, ser humano por sua própria natureza irá lutar por seus direitos e se sua sociedade for incompatível com os valores e esses direitos perquiridos, então, o conflito está gerado.

³⁵⁶Neste sentido ver: Os efeitos dos computadores e Internet na sociedade. Disponível em: <http://digartmedia.wordpress.com/2009/06/07/efeitos-dos-computadores-e-internet-na-sociedade/>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

Se os entendimentos são tão diferentes, seria isso a causa que o nosso ordenamento não reconhece a união homoafetiva? Ou será se é por que temos uma instabilidade social que reflete diretamente nas esferas de Poder? Será que a sociedade brasileira é tão instável ao ponto de não garantir direitos?

Essas se tornam perguntas para reflexão, as quais, propositalmente, não traremos respostas.

Citado os exemplos acima, vamos agora, trazer exemplos de fatos acontecidos no Brasil, e posteriormente, trataremos, das questões dos possíveis efeitos na sociedade.

Caso 01: Cartórios do Rio Grande do Sul aceitam registro de união gay. Entrou em vigor hoje uma nova norma nos cartórios do Rio Grande do Sul que possibilita que homossexuais com algum tipo de união estável possam se registrar em cartórios. A decisão é do corregedor-geral da Justiça do Rio Grande do Sul, Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, que incluiu um parágrafo no artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral.

O parágrafo está no parecer 006/2004 do Conselho da Magistratura e diz: As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação.³⁵⁷

Caso 02: 09 Estados reconhecem união homossexual estável. Apesar do "casamento gay não ser oficialmente reconhecido no Brasil, em nove estados brasileiros já são possíveis uniões homossexuais por meio de jurisprudências (São Paulo, Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Goiás, Acre, Piauí, Mato Grosso e Alagoas). O levantamento foi feito pela Folha de São Paulo, os demais estados não têm decisões favoráveis ou declararam não ter registro de julgamento do tema em questão. O Rio de Janeiro, umas das cidades consideradas mais "gay-friendly" ainda não ter nenhuma decisão judicial que reconheça as uniões gays.³⁵⁸

Caso 03: Nove casais homossexuais participam de união coletiva em Belém. Na pista de dança de uma boate, nove casais homossexuais trocaram alianças e celebraram na noite do dia 28/06/10 um casamento gay coletivo em Belém (PA). Organizada por grupos de apoio à causa LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), a festa foi comandada por uma Defensora Pública do Estado. Ao microfone, ela chamava os casais,

³⁵⁷ Cartórios do Rio Grande do Sul aceitam registro de união gay. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,O1275352-E1306,00.html>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

³⁵⁸ Disponível em: <http://www.nenoticias.com.br/lery.php?var=1251328469>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

que assinavam então contratos de união civil elaborados pela Defensoria Pública. Eles trocavam beijos e anéis. O casamento coletivo gay não é inédito no país --o que diferenciou a festa de ontem foi o apoio do Estado, por meio da Defensoria Pública. Nem a Constituição nem o Código Civil aceitam o casamento de pessoas do mesmo sexo. Mas decisões da própria Justiça já reconhecem essas relações como dignas dos mesmo (sic) benefícios concedidos aos heterossexuais. Os contratos, como os assinados ontem, apenas facilitam na hora de provar que a relação é estável. E o aval estatal "torna a prova [da relação] mais robusta", como disse o defensor geral, Antônio Cardoso.³⁵⁹

Quando uma sociedade evolui, juntamente com ela evoluem os direitos, o conhecimento, e por conseqüência destes, cresce a luta por eles. Se pensarmos que uma sociedade não poderia evoluir, como seriam os direitos de seus cidadãos? Em algumas partes bem remotas, ainda somos, infelizmente, assim, sem direitos e sem conhecimento, e por conseguinte, sem luta por eles. Mas se pelo contrário a evolução acontece então temos a luta por estes direitos, e é o que acontece nos casos apresentados acima que passamos a analisar.

A lei brasileira não traz nenhuma menção acerca do casamento homoafetivo, e por conseqüência, alguns, ainda, mesmo não existindo vedação expressa, negam direitos a estes. Contudo, alguns tribunais e cartórios, como no caso 01 (um) refletem a luta pela evolução na garantia dos direitos, o que demonstra, estar aquela parte societária em mesmo grau de sintonia com seus cidadãos. Por conseqüência, os efeitos advindos deste caso, refletem, em todo o ordenamento brasileiro, pois, o Tribunal do Rio Grande do Sul é considerado o pioneiro nas decisões de casos relacionados às uniões homoafetivas³⁶⁰. Isso é um efeito jurídico bastante relevante, pois, muitos outros tribunais tomaram a "iniciativa" de garantir direitos aos casais homoafetivos.

E não é somente este o efeito jurídico advindo desta ação; quando desta ação muitos outros direitos são advindos, principalmente na órbita civil, no que se

³⁵⁹ Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=86>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

³⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. Uniões homoafetivas – uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/institu/memorial/RevistaJH/vol2n3/16-Desa_Berenice_Dias.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2010.

refere à adoção, partilha-sucessão, seguro etc, como também na órbita previdenciária, garantindo ao(a) companheiro(a) o direito de dependência.³⁶¹

Esta situação reflete lição do professor Jürgen Habermas que diz: “Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, toma-se consciência da lógica de questões éticas e morais, embutida nas estruturas do agir orientado pelo entendimento.”³⁶²

Os efeitos sociais são claros quando uma sociedade evolui juntamente com os casos recorrentes que vão acontecendo, bem como, quando seus cidadãos refletem a auto-regulação de suas próprias idéias, cria seus próprios valores, suas convicções, idéias e sentimentos que não necessitam ser validados pela sociedade, pois, o próprio indivíduo possui a capacidade de regulá-los, a medida que os evolui.

O caso 02 (dois) reflete outro efeito social, qual seja, que a sociedade brasileira ainda não é unânime quanto à aceitação das relações homoafetivas, e muito difícil o será unanimemente, isto porque, possuímos uma das maiores

³⁶¹ Para fins de demonstração colacionamos decisão que defere a condição de dependente ao companheiro na órbita previdenciária. AÇÃO ORDINÁRIA - RECONHECIMENTO DE DIREITO AO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CONTRATO FIRMADO COM ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - UNIÃO HOMOAFETIVA COMPROVADA - TENTATIVA DE INCLUSÃO DO COMPANHEIRO COMO DEPENDENTE - INÉRCIA DA CONTRATADA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL QUE VEDE A POSSIBILIDADE DO SEGURADO POSSUIR UM COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA - VEDAÇÃO QUE CASO EXISTISSE SERIA NULA DE PLENO DIREITO - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA QUE NÃO É ACEITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL RESTRITIVA DE DIREITOS DO CONTRATANTE - FRUSTAÇÃO INDEVIDA DE SUAS EXPECTATIVAS - OBRIGAÇÃO DE PAGAR A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DA MORTE DO COMPANHEIRO QUE DEVE SER DECRETADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Comprovada a existência de união estável homoafetiva, bem como a dependência entre os companheiros e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente o direito de receber benefícios previdenciários decorrentes de plano de previdência privada. Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício previdenciário, ensejaria o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, que permitia quando da celebração do contrato que o segurado possuísse companheiro e ainda garantia, que este seria beneficiário do plano quando algum sinistro ocorresse, portanto, o fato de tal companheiro ser do mesmo sexo do contratante (união homoafetiva) jamais enseja um desequilíbrio nos cálculos atuariais a impedir o pagamento pleiteado, prejuízos esses, os quais sequer foram comprovados nos autos. (TJMG – AC 1.0024.07.776452-0/001, Rel. Des. Unias Silva, j., 23 de setembro de 2008). Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=6> Acesso em: 14 de julho de 2010.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. vol. 01. 2ª Edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 131-132.

populações católicas, que abominam por completo estas uniões; também não devemos negar que há grande crescimento da religião evangélica que dissemina a idéia de homoafetividade com pecado.³⁶³ Isto é um efeito cultural que ainda muito reflete em nossa sociedade, e não somente pelo fato religioso, mas também pela carga tradicionalista que algumas regiões³⁶⁴ do país ainda possuem e que por conseqüência, além de vedar estas uniões, ainda disseminam esta idéia. Este é um efeito cultural ainda muito forte em nossa sociedade, sendo que, dificilmente, irá mudar-se alguma coisa, pois, o grau de razão de ética e moral advindos da religião são diferentes da razão ética e moral societária sem grande influência desta, pois, quanto maior a influência religiosa na vida social, maior será o grau de razão ética e moralista imposta por esta, diferentemente do que prega o restante que não os acompanha.

Desta forma, podemos ver que a racionalidade não deve se medir por valores que não sejam do próprio indivíduo, ou seja, não é necessário e nem é cabível que outrem lhe diga o que é ético e moral e o que é errado, esta decisão cabe ao ser humano individual como ser racional, pois, do contrário, se este não tem a perspectiva de criação de seus próprios valores, como será este ser mediante uma nova situação? Na tentativa de solução desta indagação:

a racionalização de um mundo da vida mede-se pela questão: até que ponto os potenciais de racionalidade, inseridos no agir comunicativo e liberados discursivamente, perpassam e dissolvem as estruturas do mundo da vida? Os processos individuais de formação e os sistemas culturais de saber são os que oferecem comparativamente a menor resistência a essa esteira de problematização. Tão logo o sentido próprio de questionamentos éticos e morais se impõe, não se consegue mais justificar por muito tempo alternativas para as idéias normativas que dominavam a modernidade. A conduta consciente da vida da pessoa singular mede-se pelo ideal expressivista da auto-realização, pela idéia deontológica da liberdade e pela máxima utilitarista da multiplicação das chances individuais de vida. Ao passo que a eticidade de formas de vida coletivas mede-se, de um lado, por utopias de uma convivência não-alienada e solidária no horizonte de tradições assimiladas conscientemente e continuadas criticamente, de outro lado, por modelos de sociedade justa, cujas instituições se configuram de modo a regular expectativas de comportamento e conflitos no interesses

³⁶³ Remetemos o leitor ao capítulo 01 deste trabalho para melhor entendimento.

³⁶⁴ Devido a sua cultura tradicionalista, a região Nordeste ainda é uma das regiões que mais renegam o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

simétrico de todos os atores (...)³⁶⁵

Por outro lado, não podemos deixar de mencionar que em nem todos os lugares à vedação às relações homoafetivas é freqüente, o que acontece, como o já citado Estado do Rio Grande do Sul, que além de pioneiro no destaque das decisões relativas às uniões homoafetivas, também é um dos Estados brasileiros onde mais se têm a aceitação destas uniões. Isto é um efeito social e cultural, que refletem diretamente nos efeitos jurídicos.

O caso 03 (três) é similar ao anterior, com efeitos sociais e culturais semelhantes, que refletem diretamente aos efeitos jurídicos, nos quais não nos ateremos a novas explicações.

O intuito deste tópico não foi trazer grandes explicações sobre o tema, já que se refere a parte da Sociologia Jurídica, contudo, mesmo trazendo poucas linhas sobre o assunto, pudemos perceber os diferentes efeitos que os fatos relacionados às uniões homoafetivas podem causar, seja social, cultural ou jurídico. Para fins de reflexão, deixamos, além das indagações anteriores, lição do professor Habermas, para que possamos, além de refletir sobre esses efeitos, possamos buscar soluções para o difícil caso das relações homoafetivas.

No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo, singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia da autodeterminação. A isso equivale, no âmbito da constituição de uma sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, da autolegislação democrática.³⁶⁶

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. vol. 01. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 132.

³⁶⁶ Ibidem, p. 131.

4.3 Decisões judiciais, administrativas e atos legislativos: avanços no reconhecimento de um novo direito. Alguns estudos de casos³⁶⁷

4.3.1 Decisões judiciais

Embora a eficácia e aplicabilidade dos princípios constitucionais não seja por parte do legislador e do aplicador do direito, reconhecida plenamente em face das relações homoafetivas, já há na jurisprudência pátria, decisões que além de reconhecerem tais relações, garantiram a estas, direitos que advém das relações heterossexuais, ou seja, garantiu aos homoafetivos o direito a partilha, a sucessão de bens, direito previdenciário, adoção, possibilidade de inclusão do parceiro no plano de saúde³⁶⁸, decisão esta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Primeira Turma Cível, e o registro de certidão de nascimento da criança com o nome dos dois pais ou das duas mães³⁶⁹.

³⁶⁷ Nos restringimos neste tópico a citar apenas as decisões judiciais mais relevantes ao nosso ver, não sendo, portanto, apresentado outras questões também de cunho bastante relevante como adoção, ação declaratória, partilha e sucessão, ação declaratória entre outras.

³⁶⁸ Neste caso, importante transcrever alguns trechos do julgado do Agravo de Instrumento, processo nº 2005.00.2.005107-9, da Primeira Turma Cível do TJDF, em que se encontra como agravante a GEAP – Fundação de Seguridade Social. “(...) *Por ocasião do pedido de liminar, deixei consignado que a exegese restritiva conferida à norma regulamentar, no sentido de que somente podem ser considerados companheiros pessoas de sexos diferentes, não encontraria fomento no princípio da isonomia albergado na Constituição Federal, que se sobrepõe a qualquer norma estatutária, sendo injustificável, portanto, o tratamento diferenciado de união homoafetiva da heterossexual. Com relação ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tal requisito não se encontra presente. Com efeito, na hipótese de insucesso da ação de conhecimento, o recorrente poderá cobrar do vencido as despesas efetivadas. Ademais, os autos deixam transparecer que o óbice à inclusão do interessado no plano de saúde vem sendo criado apenas pela GEAP, uma vez que, conforme se afirma na petição inicial da ação de conhecimento, C. M. foi incluído como dependente de M. D. no INSS, onde trabalha.(...)*” Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 01/09/2009.

³⁶⁹ Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>> Acesso em: 09/09/09. Segundo reportagem veiculada no programa Globo Repórter da TV Globo, dia 18 de setembro de 2010, a justiça gaúcha concedeu o direito de duas companheiras registrarem os filhos no nome das duas mães.

Infelizmente tais decisões não são unânimes em todo o território nacional; contudo, também há tribunais que inovaram em tal sentido, o que não podia deixar de citar os Tribunais do Rio Grande do Sul³⁷⁰ e Rio de Janeiro, contudo, muitos outros tribunais e juízes persistem em não reconhecer as relações homoafetivas como novo instituto do direito moderno, como nos casos abaixo citados:

Justiça de Santa Catarina³⁷¹:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. **ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS.** SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.(grifos nossos).

"O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher." (Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira) (grifo nosso)

Justiça de Minas Gerais³⁷²:

ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. - **A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226.** - A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual.(grifos nossos)Ap.

³⁷⁰ Quanto aos precedentes jurisprudenciais, é paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº. 70013801592. No caso, uma mulher pretendia adotar duas crianças, que já eram filhos adotivos de sua companheira, o que faria com que elas passassem a ter duas mães. As duas mulheres já viviam juntas há anos, e as crianças, embora em tenra idade, parecem reconhecê-las conjuntamente como mães, já que sempre foram criadas por elas. Diante do quadro apresentado, a corte manteve a decisão de primeiro grau e permitiu a adoção, conferindo dupla maternidade às crianças. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:MtfjiUFp7e0J:adrianogodinho.blogspot.com/2009/04/uniao-homoafetiva-e-dupla-maternidade.html+registro+de+crian%C3%A7a+e+uniao+homoafetiva&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 09/09/09.

³⁷¹ Apelação Cível nº. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira. Disponível em: www.tjsc.jus.br Acesso em: 10/09/09.

³⁷² Apelação Cível. 1.0702.04.182123-3/001. Rel. Ernane Fidélis. Julgamento 29/05/2008. Disponível em: www.tjmg.jus.br Acesso em: 10 de julho de 2010.

Cível. 1.0702.04.182123-3/001. Rel. Ernane Fidélis. Julgamento 29/05/2008.(grifo nosso)

Ao contrário das decisões acima citadas, cumpre destacar o julgamento da Apelação Cível nº 70013801592, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁷³, citando a ementa da Relatora, ex-Desembargadora Maria Berenice Dias, que assim decidiu:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Relação também colocada foi a inédita decisão acerca do reconhecimento de tais uniões em face dos direitos eleitorais no que tange a inelegibilidade de parceiro do mesmo sexo. Nesta decisão³⁷⁴ o Tribunal Superior Eleitoral impugnou o registro de candidatura ao cargo de Prefeito de Viseu, Município do Pará, da candidata que mantinha parceria estável com a então prefeita reeleita daquele Município. Segundo a decisão³⁷⁵:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento,

³⁷³ Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 de julho de 2010.

³⁷⁴ Em sentido semelhante, consta outra decisão acerca inelegibilidade quando constatada a união entre pessoas do mesmo sexo no Recurso Eleitoral Ordinário processo nº 993- Classe VI (sendo recorrente Maria Eulina contra o Juízo da 14ª Zona Eleitoral), no Acórdão nº 18.229. Relatora Hindo Ghansan Kayath. In: ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida a regra da inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

³⁷⁵ Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, Acórdão de 01/01/2004. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.

A questão relaciona-se à aplicação do art. 14, § 7º da CF/88, que prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo, no âmbito das respectivas circunscrições eleitorais, e que também é empregado, de acordo com pacífica jurisprudência, na hipótese de união estável.³⁷⁶

Entre uma das decisões judiciais mais importantes e polêmicas acerca do assunto, foi o caso da cantora Cássia Eller, falecida em 2001. Nesta situação, a cantora vivia em união com sua companheira, Maria Eugênia, e tinha um filho de outra relação; a criança era criada por ambas as companheiras e demasiadamente ficou comprovada a convivência dos três. Quando do falecimento de Cássia Eller, sua companheira solicitou a guarda do menor, a qual lhe foi deferida, contudo, o pai da cantora contestou a decisão, porém, posteriormente e com o aval da justiça, Maria Eugênia conseguiu a guarda definitiva da criança.³⁷⁷

Também importante citar o polêmico caso do atleta de futebol Richarlyson³⁷⁸, já citado em anteriormente, em que o mesmo foi submetido a constrangimento em programa televisivo, devido a sua suposta orientação sexual. Neste caso, a decisão de primeira instância indeferiu o pedido do autor, por considerar que o futebol não poderia ser praticado por pessoas homossexuais, por

³⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 627.

³⁷⁷ Embora se quisesse neste presente trabalho apresentar a íntegra da decisão que concedeu a guarda do menor para Maria Eugênia, em consulta efetuada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, constatou-se que o processo de guarda encontra-se arquivado e não disponível para consulta. Para efeitos elucidativos, acostamos notícia veiculada na mídia a respeito do caso: *“Eugênia ganha tutela de filho de cantora. O juiz da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, Luís Felipe Miranda, concedeu a tutela provisória de Francisco Ribeiro Eller, 8, filho de Cássia Eller, a Maria Eugênia Vieira Martins, companheira da cantora. Maria Eugênia havia conseguido a guarda provisória do menino em janeiro, na 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio. O pedido de tutela provisória foi proposto pelo avô de Francisco, Altair Eller, na 1ª Vara de Órfãos e Sucessões. Após ser definido que o caso será apreciado na Vara de Órfãos e Sucessões, o juiz concedeu uma tutela de 90 dias a Maria Eugênia. (...) Na sessão será definida quem ficará com a tutela definitiva de Francisco, conhecido como ‘Chicão’.”* Disponível em: <http://jornal.valeparaibano.com.br/2002/08/17/geral/eller.html>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

³⁷⁸ Vide notas 294 e 295.

ser um esporte viril; após o pronunciamento desta decisão o juiz foi afastado do caso.

Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a união estável homossexual para conceder direitos previdenciários ao companheiro; nesta decisão ficou demarcada e bem assinalada a questão da omissão legal como um dos embargos à concessão de direitos a estas uniões; enfocou também o estabelecimento da analogia com o art. 226, § 3º, da Constituição para reconhecer às uniões homoafetivas o caráter de união estável. Nesse sentido, a decisão³⁷⁹ da Rel. Min. Nancy Andrighi ressaltou que:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

³⁷⁹ No mesmo sentido acerca do direito previdenciário, e do mesmo Tribunal, consta decisão do Ministro Helio Quaglia Barbosa no Resp nº 395904 – RS, que em um de seus trechos destacou: *“Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.”*. Data do julgamento: 13/12/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uniao+homoafetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com osídenticos efeitos operados pela união estável.

Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de

benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido.³⁸⁰

Ainda no intuito de reconhecimento das relações homoafetivas, foi peticionado recentemente no Supremo Tribunal Federal, pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pela Procuradoria Geral da República, que arguiu a obrigatoriedade de reconhecimento de tais relações como entidade familiar, aplicando os mesmos requisitos de reconhecimento das uniões estáveis do art. 226, § 3º da CF/88 e art. 1.723, do Código Civil, como também pleiteou o reconhecimento dos mesmos direitos e deveres aplicáveis às uniões estáveis às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental recebeu o número ADPF nº 178 e foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o

³⁸⁰ Recurso Especial nº 1026981 – RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 04/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uniao+homoafetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

número ADI nº 4277³⁸¹, sendo distribuída à Ministra Ellen Gracie a relatoria do caso.

No mesmo sentido foi proposta perante o STF, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 pelo Governado do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, contra atos do Poder Público e decisões judiciais proferidas por Tribunais Estaduais, inclusive o do Estado do Rio de Janeiro,

(...) causadores de lesões e de discriminação aos homossexuais, quando negam às uniões entre homossexuais ao mesmo tratamento que a lei confere às uniões estáveis, regulamentada nos artigos 1.723 e ss., do Código Civil, ao interpretarem os artigos 19, inciso II e V e artigo 33, inciso I a X e parágrafo único do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei 220, de 18.07.1975).³⁸²

Em importante lição não podemos deixar de citar a decisão do Min. Celso de Mello, na relatoria da ADI nº 3300³⁸³, que também versa sobre as uniões homoafetivas, contudo, referida ação foi julgada improcedente por perda do objeto. Segundo o relator da ação:

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas

³⁸¹ Segundo Despacho datado de 21/07/2009, o Ministro Gilmar Mendes, assim decidiu: “Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil. Considerando-se a relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e determino: 1) requisitem-se as informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 dias; 2) após, remetam-se os autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestem no prazo de 5 dias. À Secretaria Judiciária, para as providências cabíveis quanto à reatuação e distribuição do processo. Publique-se.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=178&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 de julho de 2010.

³⁸² TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 114.115.

³⁸³ Disponível no Informativo nº 414 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...)³⁸⁴

Por fim, trazemos a questão da fixação da competência das varas de família para julgamento das questões envolvendo as relações homoafetivas. A primeira decisão a respeito foi do tribunal gaúcho em 1999 que trouxe a baila o fato de que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal não traz nenhuma vedação ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, aduzindo o fato de que o seu não reconhecimento enseja em discriminação vedada pelo princípio da igualdade. Embora, não seja este o entendimento predominante em todos os tribunais, o que se já tem fixado em muitos deles é a fixação das varas de família para julgamento das relações entre pessoas do mesmo sexo por desconsiderar o caráter patrimonial e contratual destas relações. Contrariamente, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento que, no que tange às relações entre pessoas do mesmo sexo, a competência para julgamento destas causas é das varas cíveis.³⁸⁵

Apresentada, portanto, as decisões judiciais mais relevantes para efeitos das relações homoafetivas, passamos agora a analisar as decisões em sede administrativa.

³⁸⁴ Esta ação foi proposta em 03/02/2006 pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, cujo intuito era a declaração da inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 9.278/96, que reconhece como união estável apenas aquela instituída entre o homem e a mulher, sem qualquer menção aos casais homossexuais. In: TONI, Cláudia Thomé. Manual de direitos dos homossexuais. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 113-114.

³⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 174-175.

4.3.2 Decisões e atos administrativos

Em sede administrativa temos importantes decisões que deferem direitos aos casais homoafetivos. Muitas destas decisões são relativas ao direito à saúde, previdência privada e cirurgias para mudança de sexo.

Para começarmos então a relatar quais são as decisões administrativas mais importantes, destacamos, embora já relatado anteriormente no capítulo 01 deste trabalho que, como decisão administrativa pioneira, o Conselho Federal de Psicologia em 1999, instituiu por meio de resolução que, a orientação sexual para uma pessoa do mesmo sexo deixou de ser considerada como doença, e por conseqüência foi proibido que profissionais da área estabelecessem alguma forma para tratamento. E desde então, a orientação sexual deixou de ser considerada como distúrbio da personalidade.³⁸⁶

Ainda assim, muitas questões ainda advêm destas relações, contudo, a partir do não-reconhecimento por parte dos juízes e respectivos tribunais, estas questões passam a não ter a eficácia plena que deveria ter se a relação entre pessoas do mesmo sexo fosse amplamente reconhecida como situação fática do princípio da dignidade da pessoa humana.

No sentido de tentar reconhecer as relações homoafetivas no âmbito do Direito Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal garantiu, através do Ato Deliberativo

³⁸⁶ Ato Deliberativo 27 de 01/07/2009 do STF - permite que servidores incluam companheiros de união homoafetiva como dependentes do plano de saúde e benefícios sociais do tribunal. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/17.%201999.03.22%20-%20resolucao%20n.1-99%20do%20conselho%20federal%20de%20psicologia.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2010.

nº 27/2009³⁸⁷, aos seus funcionários que mantenham relações homoafetivas, a aderência de seus companheiros e companheiras no plano de saúde do Tribunal. Tão decisão foi considerada como inovadora entre diversos conservadores, contudo, para aqueles que esperavam, já era o enlace semifinial de uma batalha que se trava a muitos anos. E no mesmo sentido, a Agência Nacional de Saúde – ANS³⁸⁸, também deferiu direitos aos seus funcionários.

Além deste ato, o Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, através do Instrumento Deliberativo nº 25/2000, conferiu aos casais homoafetivos o direito a garantia de dependência de seus companheiros no caso de pensão por morte ou auxílio-reclusão.³⁸⁹

Também citamos aqui relação dos Estados brasileiros que deferem algum tipo de direito aos casais homoafetivos, tendo em destaque o Estado de São Paulo³⁹⁰; os outros Estados são: Amapá³⁹¹, Bahia, Goiás³⁹², Mato Grosso do Sul³⁹³, Pará³⁹⁴, Pernambuco³⁹⁵, Piauí³⁹⁶ e Rio Grande do Sul³⁹⁷.

³⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110604>. Acesso em: 08/07/2010.

³⁸⁸ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/2010.05.04_-_s%FAMula_normativa_n%BA_12_da_ag%EAncia_nacional_de_sa%FAde.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁸⁹ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/16.%202000.06.07%20-%20instrucao%20normativa%20n25-2000%20do%20inss.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2010.

³⁹⁰ Entre os principais direitos estão: o direito do companheiro à percepção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – Seguro DPVAT; penalidades aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual; tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis; tratamento médico integral à população de travestis, transexuais; doação de órgãos – o companheiro homossexual é legitimado a autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do companheiro morto para transplante; financiamento habitacional; cálculo de renda para bolsa de estudos. Neste sentido ver: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 83-86 e www.direitohomoafetivo.com.br/NormalizacaoList.php?page=1&.

³⁹¹ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/%28minist%C9rio_da_educ%C7%C3o.doc%29.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹² Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/2%20.%202009.04.03%20-%20RESolu%E7%E3o%20CEEE-CP%20do%20Conselho%20Estadual%20de%20Educa%E7%E3o%20de%20Goi%Es.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

No âmbito do direito internacional, constam dois atos administrativos importantes advindos do mesmo órgão, qual seja, do Conselho Nacional de Imigração, o primeiro a Resolução nº 05/2003, que dispõe acerca da concessão de visto temporário ou permanente para companheiro sem distinção de sexo. O segundo ato é a Resolução nº 77/2008 também referente a concessão de visto temporário ou permanente para companheiro sem distinção de sexo, como também autorização de permanência ao companheiro em união estável, sem distinção de sexo.³⁹⁸

E o mais recente ato administrativo divulgado em junho de 2010, foi o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, que busca a implementação de políticas públicas, bem como, do fortalecimento do Programa Brasil sem Homofobia do Governo Federal.³⁹⁹

4.3.3 Atos legislativos

³⁹³ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/provimento_36.pdf
Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁴ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/5.%202008.04.10%20-%20portaria%2016-2008%20da%20secretaria%20da%20educacao%20do%20para.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁵ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/provimento_n_07_-_relao_homoafetiva.pdf Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁶ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/2009.11.10_-_lei_5.916-2009_-_piaui.pdf Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁷ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/2004.02.17_-_provimento_06-2004_-_cgj-rs.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁸ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/14.%202003.12.03%20-%20resolucao%20administrativa%205-2003%20do%20conselho%20nacional%20de%20imigracao.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

³⁹⁹ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/14.%202003.12.03%20-%20resolucao%20administrativa%205-2003%20do%20conselho%20nacional%20de%20imigracao.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

No sentido de tentar dar um norte às situações das uniões homoafetivas, a Lei Maria da Penha, (Lei nº 11.340/06), que trata da violência doméstica contra a mulher, de certa forma reconheceu legalmente no âmbito infraconstitucional o moderno conceito de família.

O artigo 5º, § único da referida norma não deixa dúvidas acerca que se concedeu às relações homoafetivas o status de entidade familiar⁴⁰⁰ ao preceituar que “as relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual.**⁴⁰¹”(grifo nosso)

Na tentativa de equiparação das relações homoafetivas, entendemos que o status de equiparação à entidade familiar proposto pela Lei 11.340/06 deu-se somente no âmbito dos fatos relacionados à união homoafetiva como unidade doméstica e não como sociedade familiar de direitos, equiparada à condição de família do artigo 226 da Constituição, embora alguns autores ainda relatem o contrário.

Além da Lei Maria da Penha muitos outros projetos de Lei circulam entre as gavetas do Congresso Nacional. Passamos a enumerar, por assunto, os referidos projetos:

Adoção: existem dois projetos de lei (Projeto de Lei nº 7018/10⁴⁰² e Projeto de Lei nº 4508/08⁴⁰³) que tratam acerca da adoção por casais do mesmo sexo; ambos versam que crianças e adolescentes não podem ser adotados por

⁴⁰⁰ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138> . Acesso em: 20 de abril de 2010.

⁴⁰¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰² Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/2010_-_pl_7.018_-_veda_a_ado%27%E3o_de_crian%27as_e_adolescentes_por_casais_do_mesmo_sex%281%29.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰³ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/4.PL%204508%2C2008.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

casais homoafetivos sob o fato de “influenciarem” na formação da educação da criança.

Direito Previdenciário: Projeto de Lei nº 6297/05⁴⁰⁴ e nº 2383/03⁴⁰⁵. O primeiro projeto versa sobre a inclusão de dependente para fins previdenciários do companheiro homossexual e o segundo versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Discriminação: Projeto de Lei nº 4373/08⁴⁰⁶ e nº 5003/01⁴⁰⁷. Dispõem sobre a proibição do tratamento discriminatório em face da orientação sexual. O Projeto de Lei nº 5.003 de 2001, da Deputada Iara Bernardi, que na parte dispositiva “Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.”, dispondo em seu artigo 1º que:

A qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação serão aplicadas as sanções previstas nesta lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal.

Registros Públicos: Projeto de Lei nº 2976/08⁴⁰⁸ e nº 6655/07⁴⁰⁹. Criam a possibilidade de travestis, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social.

Alteração do Código Civil: Projeto de Lei nº 5167/09⁴¹⁰ e nº 4914/09⁴¹¹. O primeiro requer a alteração do artigo 1.521, § único, do Código Civil para coibir o

⁴⁰⁴ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/11.%20PL-6297%2C2005%20.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰⁵ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/12.PL%202.383%2C2003.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰⁶ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/5.PL-4373%2C2008%20.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰⁷ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/5.PL-4373%2C2008%20.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰⁸ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/7PL-2976%2C2008.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴⁰⁹ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/9.%20PL%206.655%2C2006.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

reconhecimento da união homoafetiva em casamento, aduzindo para tanto as disposições constitucionais, o que *data máxima vênia*, é completamente ilógico. Já o segundo acrescenta o art.1.727 A, para garantir aos casais homoafetivos os direitos decorrentes da união estável.

Direito Penal: Projeto de Lei nº31/2010⁴¹², nº 122/09⁴¹³ e nº 287/03⁴¹⁴. O primeiro versa sobre a agravação das penas dos crimes de homicídio e lesões corporais motivadas por discriminação de orientação sexual. O segundo projeto define os crimes resultantes de preconceitos de gênero, orientação sexual e identidade de gênero. O último projeto dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de discriminação por orientação sexual.

Diversos: Entre outros projetos encontram-se: Projeto de Emenda Constitucional 67/1999⁴¹⁵, e Projeto de Lei nº 5252/2001⁴¹⁶, do Deputado Roberto Jefferson, dispondo sobre o Pacto da Solidariedade entre as pessoas, ambos já arquivados.⁴¹⁷

Além destes, muito citado também é o Projeto de Lei nº 1.151 de 1995⁴¹⁸ da Deputada Marta Suplicy, que propõe disciplinar a união entre as pessoas do mesmo sexo. Tal projeto propõe direito a sucessão entre os conviventes, direito a benefícios previdenciários, declaração conjunta de imposto de renda, direito à

⁴¹⁰ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/7PL-2976%2C2008.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴¹¹ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/2.PL-4914%2C2009.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴¹² Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ProjetoLeiList.php#>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴¹³ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/10.%20PL122%2C%202006.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴¹⁴ Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/14.%20PL%20287%2C2003.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

⁴¹⁵ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 10 de julho de 2010

⁴¹⁶ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 10 de julho de 2010.

⁴¹⁷ Projeto de Lei nº 4842/09, nº 3712/08, nº 2285/07, nº 3099/00, Proposta de Emenda a Constituição nº 70/03 e nº 66/03.

⁴¹⁸ Este projeto de lei é conhecido como “Lei da Parceria Civil Registrada”, embora ainda muito comentado, já se encontra muito defasado.

nacionalidade em caso de um dos parceiros sendo estrangeiro e outro brasileiro, bem como a possibilidade de análise de renda conjunta para compra de imóvel.⁴¹⁹

Não há muito, em 4 de junho de 2010, foi sancionado pelo Presidente da República o Decreto que instituiu o Dia Nacional de Combate a Homofobia, o qual designou o dia 17 de maio para a data comemorativa.⁴²⁰

Fora estas ainda constam alguns pareceres dos órgãos governamentais que pugnam pelo reconhecimento das uniões homoafetivas, aduzindo como seu parâmetro a analogia do artigo 226 da Constituição e sua equiparação aos mesmos direitos da união estável.

4.3 Notas de direito comparado: o reconhecimento do direito à orientação sexual como direito humano. A evolução internacional perante a estigmatização brasileira

Não é comum se falar em direitos humanos relacionados às uniões homoafetivas, principalmente no caso brasileiro, devido ao caminhar lento de nossa evolução. Enquanto andamos a passos lentos para reconhecer um direito já mundialmente reconhecido perante diversos países da Europa, da América do Norte, o que vemos é que ainda há muito que se evoluir no que tange ao reconhecimento deste novo ramo do direito perante o ordenamento pátrio.

Recentemente, a Argentina consolidou-se como o primeiro país da América Latina, a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, garantindo a estes os mesmos direitos dos casais heteroafetivos; o que se torna de certa forma vergonhoso, pois, os brasileiros muito criticam o país argentino, contudo, em grau de evolução de reconhecimentos de direitos, a Argentina evolui perante a

⁴¹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p.74.

⁴²⁰ “Art. 1º Fica instituído o dia 17 de maio como o Dia Nacional de Combate à Homofobia.” Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=5&data=07/06/2010>. Acesso em: 10 de julho de 2010.

estigmatização brasileira. E a prova disso é que desde o ano de 1995 com o Projeto de Lei 1.155, o Brasil debate a questão sem resolução do assunto.⁴²¹

Da parte europeia, o mais novo país a declarar o reconhecimento das relações homoafetivas, foi Portugal que promulgou lei que regulamenta o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴²² E como forma do primeiro ato de celebração da promulgação da lei portuguesa, um casal de mulheres, uma delas de nacionalidade portuguesa, casou-se no Estado do Rio de Janeiro no consulado de Portugal em junho deste ano.⁴²³

No ano de 1989, a Dinamarca⁴²⁴ tornou-se o primeiro país do mundo a regularizar a união entre pessoas do mesmo sexo; depois dele, muitos outros países também validaram a união de casais homoafetivos, como a Noruega em 1993, e a Espanha em 2005.⁴²⁵

O reconhecimento deste novo direito dentro do ordenamento internacional deu-se de forma gradativa, sendo que, somente depois de muitos anos após o reconhecimento dos direitos humanos como novo ramo de estudo do direito, é que o direito dos casais homoafetivos como direito humano foi reconhecido. A corrente que trata sobre o assunto é recente e ainda não há muito estudo a respeito, mas o que já se tem são estudos teóricos, no âmbito internacional e alguns nacionais⁴²⁶, que o direito homoafetivo pode ser reconhecido como um ramo do direito humano.

⁴²¹ Em nota segundo notícia do jornal: *“Na América Latina, o Uruguai e a Cidade do México deram o primeiro passo, ao permitir a união civil entre homossexuais. No entanto, a lei argentina é a primeira a autorizar o casamento — que garante todos os direitos sobre patrimônio, procriação e sucessão. No ranking mundial, a Argentina é o 10º país a aprovar o matrimônio, depois de países europeus, do Canadá e da África do Sul.”* Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2010/07/16/mundo,i=202726/ARGENTINA+S+AI+NA+FRENTE+E+LEGALIZA+O+CASAMENTO+GAY.shtml>. Acesso em: 17 de julho de 2010.

⁴²² Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/MundoNoticiaView.php?idNoticia=33>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁴²³ Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=83>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁴²⁴ Disponível em: http://pt.wikilingue.com/es/Homosexualidad_na_Dinamarca. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁴²⁵ Disponível em: http://pt.wikilingue.com/es/Homosexualidad_na_Europa. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁴²⁶ Os maiores expoentes desta corrente é Maria Berenice Dias e Luiz Mott.

Este reconhecimento como direito humano se deve ao fato de as relações homoafetivas estarem ligadas diretamente aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são princípios reconhecidos e defendidos internacionalmente, pois, refletem a superação da evolução humana.

Garantir a igualdade a um cidadão é um dos pressupostos mínimos de um Estado que se diz democraticamente de direito; não se pode dizer que a sociedade evolui em uma democracia onde os iguais são julgados desigualmente, pois, que critérios seriam utilizados para tal, se não houvesse igualdade entre todos?⁴²⁷

E é isso que a Declaração Universal dos Direitos Humanos prega em seu texto; os direitos a igualdade e a dignidade devem ser obedecidos, pois, se violados qualquer direito humano básico a um cidadão é o mesmo que negar a sua dignidade.⁴²⁸

⁴²⁷ Como pausa para reflexão trazemos a noção de igualdade proposta pela Corte Interamericana de Direitos, na Opinião Consultiva nº 18: *“advém diretamente da natureza una do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, diante da qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, venha a tratá-lo com privilégio; ou que, por outro lado, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que se reconhecem a quem não se considera incluído em tal situação de inferioridade.”* In: SOARES, Bruno Martins et al. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do direito internacional dos direitos humanos. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/441_Amicus%20curiae%20-%20GEDI-UFMG,%20Centro%20de%20Referencia%20GLBTTT,%20CELLOS,%20ASSTRAV.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴²⁸ Neste sentido, apresentamos o preâmbulo da Declaração e seus artigos 1º e 2º que refletem nosso entendimento:

“(...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mis alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

(...)

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião

E foi nesses pilares que se basearam os Princípios de Yogyakarta⁴²⁹, que tratam especificamente do direito homoafetivo como direito humano à livre orientação sexual. Estes princípios foram fixados por especialistas em direitos humanos, em reunião realizada em Yogyakarta na Indonésia, no ano de 2006⁴³⁰.

Esta Carta mundialmente reconhecida como ponto forte do reconhecimento do direito homoafetivo como direito humano, fixa entre suas principais diretrizes: direito ao gozo universal dos direitos humanos e o direito à igualdade e a não-discriminação advindos de orientação sexual.⁴³¹

Também considerado um documento internacional de grande relevância, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, traça em seu artigo 2º⁴³² a proibição de discriminação advinda de qualquer natureza, o que pressupõe, conforme já explanado anteriormente, que esta expressão refere-se igualmente à discriminação por orientação sexual, fato este que pode ser visto até mesmo na Constituição Brasileira nos artigos 3º, IV e 5º.

política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 18 de maio de 2010.

⁴²⁹ Vide Anexo II.

⁴³⁰ Disponível em:

http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3816&Itemid=2. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁴³¹ Também houve a fixação de outros direitos a saber: direito ao reconhecimento perante a lei; direito à vida; direito à segurança pessoal; direito à privacidade; direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade; direito a um julgamento justo; direito a tratamento humano durante a detenção; direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; direito à proteção contra todas as formas de exploração, venda ou tráfico de seres humanos; direito ao trabalho; direito à seguridade social e outras medidas de proteção social; direito a um padrão de vida adequado; direito à habitação adequada; direito à educação; direito ao padrão mais alto alcançável de saúde; proteção contra abusos médicos; direito à liberdade de opinião e expressão; direito à liberdade de reunião e associação pacíficas; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de ir e vir; direito de buscar asilo; direito de constituir família; direito de participar da vida pública; direito de participar de uma vida cultural; direito de promover os direitos humanos; direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes e responsabilização. In: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71-72.

⁴³² Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Art. 2º - Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política **ou de qualquer outra natureza**, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. (grifo nosso). Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em: 28 de junho de 2010.

A consolidação dos direitos humanos, atualmente, firma-se como de primordial importância, tanto pelo teor de sua consecução, como também pelos parâmetros de direito que defende. E é neste diapasão que a orientação sexual tornou-se o mais novo direito defendido pelos órgãos internacionais de maior relevância, entre eles a Organização Mundial da Saúde - OMS, a Organização das Nações Unidas – ONU, a Organização dos Estados Americanos – OEA, entre outros.

No campo da saúde, a OMS aprovou Declaração dos Direitos Sexuais⁴³³, no qual ressalta que o direito à liberdade sexual é prerrogativa de todo ser humano, bem como sua autonomia sexual, conforme consta em sua declaração:⁴³⁴

É prerrogativa de todo o ser humano:

1. O direito à liberdade sexual, que diz respeito à possibilidade de os indivíduos expressarem seu potencial sexual, excluindo-se todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situação de vida;

2. O direito à autonomia sexual, integridade sexual e a segurança do corpo sexual – a capacidade de uma pessoa tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual, num contexto de ética pessoal e social, incluindo o controle e o prazer dos próprios corpos livres de tortura, mutilação e violação de qualquer tipo.

No campo da ONU, foi assinada Declaração, em dezembro de 2008, que teve o aceite de 66 (sessenta e seis) países, entre eles o Brasil, que aprovou, entre outras questões a vedação aos atos discriminatórios avindos de orientação sexual, conforme relata no texto: “Reafirmamos o princípio de não discriminação, que exige

⁴³³ Esta Declaração foi firmada no XIII Congresso Mundial de Sexologia, realizada na cidade de Valência na Espanha no ano de 1997; dois anos depois no XIV Congresso Mundial de Sexologia, a Associação Mundial de Sexologia, em Assembléia Geral, aprovou e referendou o documento. In: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁴³⁴ Também houve a aprovação de outros itens, entre eles: direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito à privacidade sexual; direito à igualdade sexual; direito ao prazer sexual; direito à expressão sexual; direito à livre associação sexual; direito às escolhas reprodutivas livre e responsáveis; direito à informação baseada no conhecimento científico; direito à educação sexual compreensiva; direito à saúde sexual. Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/oms_dirsex.html. Acesso em: 19 de julho de 2010. Neste sentido ver também: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70-71.

que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.”⁴³⁵

Já a Organização dos Estados Americanos⁴³⁶, em reunião da Assembléia Geral, aprovou a Resolução nº 2435, que trata dos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, no qual expressou: “(...) preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.”⁴³⁷

O Conselho Europeu, em Assembléia Parlamentar editou e aprovou a Resolução nº 1728/2010, que trata da discriminação em virtude de orientação sexual, e aduz entre seus principais termos que:

A Assembléia Parlamentar lembra que a orientação sexual é uma parte profunda da identidade de cada ser humano e isso inclui a heterossexualidade, bissexualidade e homossexualidade. A Assembléia também lembra que o último está descriminalizado em todos os Estados membros do Conselho da Europa. A identidade de gênero se refere à experiência íntima e pessoal do tipo vivida por cada um. Uma pessoa transexual é alguém cuja identidade de gênero não corresponde ao tipo que foi atribuído à nascença. (...) No direito internacional, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Orientação sexual e identidade de gênero são reconhecidas como motivos de discriminação proibidos. Na opinião do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, uma diferença de tratamento é discriminatória se não tiver justificação objetiva e razoável. A orientação sexual constitui uma privacidade muito íntimo de uma pessoa, o tribunal considera que as diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual não pode ser justificada por motivos especialmente graves. (...)5. Discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero pode ser agravada por causa de sexo e gênero, as mulheres lésbicas, bissexuais e transgêneros, em especial, aumento do risco de violência. (...) A Assembléia lembra que é dever final de todos os governos para proteger maneira não só prático e eficaz dos direitos previstos nos instrumentos de direitos humanos, mas também a abster-se de um discurso que pode legitimar e de combustível discriminação ou ódio baseado na intolerância. A linha entre o discurso do ódio incitar crime e da liberdade de expressão deve ser definida de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.(...)⁴³⁸

⁴³⁵ Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴³⁶ Em nota: a OEA ainda possui diversos outros documentos relativos à questão da orientação sexual, por isso, remetemos o leitor ao site da organização para maiores informações. Pesquisa disponível em: <http://search.oas.org/pt/default.aspx?k=orientaçãosexual&=All+Sites>.

⁴³⁷ Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/resol_2435.html. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴³⁸ Vide Anexo 03. Tradução nossa.

A Corte Européia de Direitos Humanos fixou entendimento de que a discriminação advinda de orientação sexual, é advinda da maioria da sociedade predominantemente heterossexual, sendo que, esta cláusula não-discriminatória deve ser aplicada em conjunto com a normativa interna que reconhece apenas aos heterossexuais benefícios sucessórios.⁴³⁹

No mesmo sentido, é importante ressaltar o posicionamento da Convenção Americana de Direitos Humanos que “(...) assegura que leis internas não podem não devem estabelecer critérios discriminatórios como condições para se reconhecer o direito de se casar e reconhecer família.”⁴⁴⁰

Através dos documentos internacionais acima referidos, pudemos verificar a dimensão que dos direitos relativos à orientação sexual no âmbito internacional. Não somente podemos verificar o engrandecimento deste direito no âmbito dos órgãos internacionais, mas também, em muitos países europeus, alguns da América do Norte, e a África do Sul, afirmam seu comprometimento em garantir o direito da minoria aqui tratada.⁴⁴¹

Com a alteração de seu Código Civil em 1999, a França estabeleceu o Pacto Civil da Solidariedade, que possibilita dois adultos plenamente capazes a organizar contratualmente sua vida em comum, sendo que este Pacto não se restringe somente aos casais homoafetivos, estendendo-se, no mesmo sentido, aos casais heteroafetivos, sendo mais utilizados por estes.⁴⁴²

Na posição de maior destaque encontra-se a Holanda, sendo um dos países mais evoluídos nas questões relativas aos direitos da orientação sexual, haja

⁴³⁹ SOARES, Bruno Martins et al. *O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do direito internacional dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/441_Amicus%20curiae%20-%20GEDI-UFMG,%20Centro%20de%20Referencia%20GLBTTT,%20CELLOS,%20ASSTRAV.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 573.

⁴⁴² Ibidem, p. 580-581.

vista que, além de permitir a feitura de contrato para a parceria civil registrada, permite, expressamente, desde 2001, quando houve alteração do Código Civil Holandês, o casamento civil homoafetivo⁴⁴³, conforme se depreende a seguir:

Artikel 30

1.Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht.⁴⁴⁴

Artigo 30

1. O casamento pode ser contraído por duas pessoas de sexo oposto ou do mesmo sexo.⁴⁴⁵

Seguindo o exemplo holandês, outros países europeus concederam aos casais homoafetivos o direito expresso ao casamento civil, concedendo, desta forma, os mesmos direitos que os casais heteroafetivos, entre eles estão a Bélgica, o Canadá e a já citada Espanha.⁴⁴⁶

Como um dos representantes da América do Norte, o Estado de Massachusetts nos Estados Unidos, através Suprema Corte, foi declarada a inconstitucionalidade da proibição do casamento civil homoafetivo, sendo que, recentemente, o Estado da Califórnia também considerou inconstitucional a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, passando, deste modo, a permitir a referida união.⁴⁴⁷

Em um caso bastante conhecido, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no caso *Toonen versus Austrália*⁴⁴⁸, considerou que a conduta de criminalização em virtude de orientação sexual na Tasmânia, constituía discriminação em virtude do sexo, havendo violação dos direitos da igualdade, pois, concluiu que a discriminação em virtude do sexo deveria ser

⁴⁴³ Ibidem, p. 582.

⁴⁴⁴ Disponível em: http://www.st-ab.n/wetten/0053_Boek_1_Burgerlik_Wetboek_BW.htm. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴⁴⁵ Tradução nossa.

⁴⁴⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008, p. 580-582.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 583.

⁴⁴⁸ Este caso já foi citado anteriormente.

interpretada de forma ampla e não de maneira restritiva. Segundo a orientação do Comitê da ONU⁴⁴⁹:

(...) a listagem contida no art. 2 do Pacto (e dispositivos análogos) não é exaustiva: uso das palavras “tal como” e “outro status” demonstram que o dispositivo estabeleceu um rol exemplificativo de possíveis formas de discriminação, que não se esgotam por ali. Logo, independentemente da linha adotada, há reconhecimento da vedação da discriminação com base na orientação sexual.⁴⁵⁰

Por tudo o que foi apresentado não podemos deixar de registrar o avanço do direito internacional dos direitos humanos relativos à orientação sexual, posto estarem em estágios avançados para consecução do reconhecimento de direitos antes negados ampliando, desta forma e sobremaneira, o rol dos direitos humanos.

Por outro, o caso brasileiro é diferente; o ordenamento jurídico pátrio e o legislativo andam a passos lentos na solução do caso, embora muito já se tenha discutido, debatido, falado. Poucos “projetos de solução” foram apresentados, mas nenhum deles chegou a se efetivar; param no meio do caminho, no meio do desenrolar do trâmite da vergonhosa burocracia brasileira. Enquanto vemos outros países evoluírem cada vez mais na efetivação dos direitos humanos, o caso brasileiro ainda tem muito o que aprender.

O aprendizado não surge a partir do nada; é necessário crescer, evoluir; evoluir o direito e a nova concepção de ser humano, é evoluir o próprio conhecimento, é evoluir-se como aplicador do direito; mas, se pelo contrário, e é o que acontece, a evolução se torna uma anti-evolução, coincidindo com conhecimentos jurídicos arcaicos ou que não se condizem com a ordem jurídica. Não é difícil pensar assim, por conseguinte, a comodidade se torna cada vez procurada; acomodar-se com questões jurídicas relevantes é negar o próprio

⁴⁴⁹ SOARES, Bruno Martins et al. *O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do direito internacional dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/441_Amicus%20curiae%20-%20GEDI-UFMG,%20Centro%20de%20Referencia%20GLBTTT,%20CELLOS,%20ASSTRAV.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁴⁵⁰ Ibidem.

conhecimento jurídico, é deparar-se com a indagação: se uma pessoa estivesse em uma situação que suscitasse um novo direito e não houvesse por parte do magistrado a intenção de buscar o melhor entendimento para o caso, o que se faria?

Nesta indagação em forma de reflexão, trazemos colação dos ensinamentos trazidos no julgamento de um caso norte-americano, para que possamos, na medida de nossos embates e reflexões, entender a questão das relações homoafetivas:

O passado fornece vários exemplos nos quais a lei recusou-se a enxergar um ser humano quando deveria fazê-lo. (...) O futuro pode fornecer exemplos nos quais a lei será chamada a enxergar um ser humano quando ela não deveria. (...) O desafio para as gerações futuras será definir o que é essencialmente humano. A extensão da Cláusula de Benefícios Comuns para reconhecer os petionários como Vermonthers que buscam nada mais, ou menos, que proteção legal e segurança para o seu compromisso com uma relação íntima e duradoura é simplesmente, no fim das contas, um reconhecimento de nossa humanidade comum.⁴⁵¹

⁴⁵¹ *Apud*, *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana nem sempre foram normas-princípios colocadas na norma constitucional, estes passaram a ser estudados a partir da Carta de 1988 e no âmbito mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Estes princípios não são absolutos, mas devem ser aplicados de forma igualitária que possa atender a todos os fins a que se dispôs o legislador constituinte.

Contudo, como tratamos neste trabalho, tanto a igualdade como a dignidade da pessoa humana, por mais que sejam considerados princípios-base de nossa Constituição, não são aplicados de forma como dispôs o legislador, que ao dispor a respeito destes princípios, garantiu que todas as situações, mesmo não regulamentadas seriam passíveis de aplicação, ou seja, deveriam se aplicar a todas as situações que com eles fosse compatíveis.

A eficácia destes princípios não é absoluta conforme propôs a Constituinte de 1988; as situações das relações homoafetivas que foram aqui tratadas, não são passíveis de aplicação por parte do legislador e dos julgadores, e o que se demonstrou é que não há uma resposta lógica e jurídica para tal inércia.

O que se demonstrou aqui foi que as relações homoafetivas ainda sofrem preconceito de todas as ordens, seja religiosa ou social, de dogmas enraizados em nossa cultura que não possuem o mínimo de critério prático para avaliar o assunto.

Isso nos levou também a entender que o dever de garantir a ordem que foi posta de manter a igualdade entre todas as pessoas independentemente de discriminação de qualquer gênero não é visível em nosso ordenamento e em nossa

sociedade, o que vemos é o dogma do preconceito sendo colocado em nosso ordenamento devido ao conservadorismo dos julgadores.

O exercício da dignidade da pessoa humana devia ser garantido a essas uniões que surgiram já como uma minoria estigmatizada pela sociedade e pelo legislador que até o presente momento se manteve inerte, sem obedecer as prerrogativas que lhe foram conferidas por lei.

Ao estar diante da dignidade da pessoa humana, da igualdade e de um julgamento concreto, o legislador não pode levar consigo suas opiniões pessoais ao passo de retirar o direito de uma pessoa com base em suas idéias éticas sobre o que deveria ser certo ou errado, de modo a incidir em omissão de direito.

Mesmo que haja novas correntes de aplicação do direito, como o neo-constitucionalismo que rompe com os preceitos concretos e estáveis da norma, o que vemos é a aplicação fria da letra seca da lei.

O surgimento deste novo direito traz como constante a discussão da interpretação das normas constitucionais, ou seja, não se quer a mudança completa do texto constitucional, mas sim, a interpretação conforme e proporcional para que se garanta às uniões homoafetivas os mesmos direitos que são garantidos aos casais heterossexuais, ou seja, não podemos falar que o princípio da igualdade está em pleno vigor se uma parcela da população não exerce seus direitos de forma plena.

O reconhecimento das uniões homoafetivas não requer e não exige o reconhecimento perante entidades religiosas, pois, não é isso que se respalda os movimentos partidários da causa, o que se busca é o reconhecimento destas uniões como entidade jurídico-familiar, para que se possa garantir direitos e respaldar as pessoas perante outros.

Assim, mesmo que se tenha algumas ações afirmativas e partidárias da causa das relações homoafetivas, o Estado ainda não conseguiu cumprir seu papel

de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, pois, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro definições e segurança para definição dos direitos das uniões homoafetivas. Ações afirmativas existem, mas ainda são poucas e ineficientes.

Ao invés de se manter algo estigmatizado e concreto, devem os aplicadores do direito, garantir a quaisquer situações que sejam, tanto as relações homoafetivas como outras, o direito, independentemente de estarem regulamentado ou não, a exercer o que se chama hoje, e que foi tão difícil de conseguir, a dignidade e a igualdade, pois, o reconhecimento constitucional destes princípios significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir como conduzir a sua própria vida, bem como, a liberdade de ser tido em condição igualitária de direitos e garantias.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA NÃO CONDENA. Disponível em: http://www.igrejacontemporanea.com.br/j15/index.php?option=com_content&view=article&id=312:a-bia-ncondena&catid=16&Itemid=66. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

AGNOLETI, Michelle Barbosa; Neto José Baptista de Mello. *Dignidade sexual e diversidade humana: cidadania e respeito para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTT)*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_netto_lgbtt.pdf. Acesso em: 08 de abril de 2010.

A HOMOSSEXUALIDADE NÃO É PECADO. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=27645. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

A HOMOSSEXUALIDADE NA ESPANHA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Espanha. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.m

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Nova Cultural: Tradução: Fábio M. Alberti.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138> Acesso em: 20 de abril de 2010.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *União homossexual não pode ser tratada como sociedade comercial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-31/uniao-homossexual-nao-sociedade-comercial>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *Preconceito é a principal barreira contra a evolução do Direito*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jun-25/preconceito_principal_barreira_evolucao_direito. Acesso em: 04 de julho de 2010.

ASSIS, Marli Martins de. *Relação homoafetiva submetida a regra da inelegibilidade*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Malheiros Editores, 2009.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. *Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle nas políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2010.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5ª ed. reformada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> . Acesso em: 10/07/2010.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição brasileira*. 6ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil: Breves Reflexões*. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2010.

BESSA, Leonardo Sousa. *Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BIACHI, Fernanda; JABOBI, Carla. *Direitos Humanos e o princípio da dignidade no Brasil*. Disponível em: http://www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/centros/cepejur/docs/artigo_02.doc. Acesso em: 19 de maio de 2010.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. *A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6494> . Acesso em: 06 abril de 2010.

BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina.

CARRION, Eduardo. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: < [http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade dos direitos fundamentais.pdf#search=%22a%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais%22](http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf#search=%22a%20efetividade%20dos%20direitos%20fundamentais%22) Acesso em: 26 de abril de 2010.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4420>>. Acesso em: 02 janeiro 2011.

CHILETTO, Maria Claudia Cairo. *Uniãos homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional*. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Campos – UNIFLU.

COMPLAK, Krystian. *Cinco teses da dignidade da pessoa humana como conceito jurídico*. Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em: www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972961.PDF. Acesso em: 23 de abril de 2010.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm.

CÓDIGO CIVIL HOLÂNDES. Disponível em: http://www.st-ab.n/wetten/0053_Boek_1_Burgerlik_Wetboek_BW.htm. Acesso em: 19 de julho de 2010.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm. Acesso em 16 de abril de 2010.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. Disponível em: http://www.al.se.gov.br/constituicao_estadual.asp.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/LEGISLA/leg/Diversa/ConstEmendas/ConstEstadual/Constituicao%20Para.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

DIAS, Maria Berenice. *A homoafetividade como direito*. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau. (Org). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 330. Também disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=e5ctyMqylq8C&pg=PA345&dq=uniao+homoss+exual&lr=&cd=21#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 de abril de 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS. Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/oms_dirsex.html. Acesso em: 19 de julho de 2010.

DECLARAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU SOBRE OS DIREITOS SEXUAIS. Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html. Acesso em: 19 de julho de 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 18 de maio de 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A ética do afeto*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Berenice_etica.doc. Acesso em: 07 de junho de 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoasv02n03art02_dias.pdf. Acesso em: 06 de julho de 2010.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/260170/?noticia=HOMOAFETIVIDADE+E+O+DIREITO+A+DIFERENC+A+I>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Unões homoafetivas – uma realidade que o Brasil insiste em não ver*. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/institu/memorial/RevistaJH/vol2n3/16-Desa_Berenice_Dias.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2010.

DIAS, Patrícia Lopes. *União estável e relações homoafetivas: aspecto constitucional*. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito da Faculdade UNIRG. Gurupi – TO. Dezembro de 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3ª ed. atualizada. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2005.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RÍPOLI, Danilo César Siviero. *Direitos fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação*. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira. (Coordenadores). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira*. Birigui, São Paulo: Boreal Editoria, 2008.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Unões Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

GUERRA, Sidney. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmat. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano, VII, nº 09, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf> Acesso em: 16 de junho de 2010.

HABERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado constitucional*. Pontificia Univesidad Catolica del Peru. Escuela de Graduados: Mastria em Derecho com mencion em derecho constitucional. Fondo Editorial.

HABERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estúdios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta*. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. vol. 01. 2ª Edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELMINIAK, Daniel A. *O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. Tradução Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1999.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25/200 DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/16.%202000.06.07%20-%20instrucao%20normativa%20n25-2000%20do%20inss.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2010.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_82/Artigos/PDF/Larissa_rev82.pdf. Acesso em 22 de abril de 2010.

LEI MUNICIPAL Nº 4.667/97 DO ESTADO DO ALAGOAS. Disponível em: www.ggal.al.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=79. Acesso em 16 de abril de 2010.

MARTINS JÚNIOR, Adalberto César Pereira; FURLAN, Ana Carolina; PEREZ, George Uilson Pantaroto; DANTAS, João Paulo Serra. *O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: superando o positivismo jurídico e compreendendo o conceito de família para além da norma*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/adalberto cesar martins junior.pdf> Acesso em: 07 de junho de 2010.

MATOS, Ana Carla H. *Fundamentos para o efeito jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: http://www.robertexto.com/archivo1/uniao_mesmo sexo.htm. Acesso em: 29 de junho de 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição)*. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/medeir~1.pdf. Acesso em: 04 de julho de 2010.

MELO, Elaine Cristina de Oliveira e. *Um novo modelo de família. Aspectos sócio-jurídicos da união entre homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 625, 25 março de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?i=6496>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MINARDI, Fábio Freitas. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e aplicação da teoria da eficácia horizontal*. Revista Direitos fundamentais e Democracia, vol. 04, 2008. Disponível em: http://www.unicuritiba.com.br/webmkt/mestrado/livros/2009/anexo8_direitos.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTT, Luis. *Porque os homossexuais são os mais odiados dentre todas as minorias*. Disponível em: <http://br.oocities.com/luizmottbr/artigos09.html>. Acesso em: 07 de junho de 2010.

MOTT, Luis. *Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais*. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf. Acesso em: 09 de abril de 2010.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Mutação constitucional e STF*. Limites. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

O QUE É CIDADANIA. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque e cidadania.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html). Acesso em: 04 de junho de 2010.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em: 28 de junho de 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovadora*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3816&Itemid=2. Acesso em: 18 de julho de 2010.

RATACHESKI, Irã Sfeir. *A união homoafetiva perante a Constituição Brasileira e a sociedade*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/rod.29.05-04.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. revisada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1994.

RELAÇÕES DE GÊNERO, SEXO E SEXUALIDADE HUMANA SÃO MAIS DIVERSAS DO QUE DICOTOMIAS COMO MASCULINO VERSUS FEMININO.

Disponível em: <http://rafaelfortes.wordpress.com/2010/12/22/relacoes-de-genero-sexo-e-sexualidade-humana-sao-mais-diversas-do-que-dicotomias-como-masculino-versus-feminino-por-agencia-notisa/>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011.

RESOLUÇÃO Nº 01/99 DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Disponível em:

http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/17.%201999.03.22%20-%20resolucao%20n.1-99%20do%20conselho%20federal%20de%20psicologia.pdf.

Acesso em: 15 de julho de 2010.

RESOLUÇÃO Nº 2435 DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Disponível em: http://www.abglt.org.br/port/resol_2435.html. Acesso em: 19 de julho de 2010.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ, volume 2, nº 06, setembro/dezembro 1998. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/160/248>. Acesso em 20 de abril de 2010.

RIOS. Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32229/31455>. Acesso em 22 de abril de 2010.

SANTORO, Cláudia. *A necessidade de regulamentação das uniões estáveis homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 875, 25 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7625>. Acesso em: 04 de julho de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVENSAN, Flávia. (Coordenadores). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Alexandre Vitorino da. *Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional*. São Paulo: LTR, 2007.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, nº 4, ano 2006. Também disponível em: http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2010.

SOARES, Bruno Martins et al. *O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do direito internacional dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/441_Amicus%20curiae%20-%20GEDI-UFMG,%20Centro%20de%20Referencia%20GLBTTT,%20CELLOS,%20ASSTRAV.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2010.

SPLENGER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. *Interpretação Constitucional: sistema e problema*. Disponível em: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at12.htm> Acesso em: 20 de abril de 2010.

SÚMULA NORMATIVA Nº 12, 04/05/2010 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_normatizacao/2010.05.04_-_s%FAmula_normativa_n%BA_12_da_ag%EAncia_nacional_de_sa%FAde.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: www.stj.jus.br.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: www.stf.jus.br.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual: reflexões jurídicas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930> Acesso em: 26 de abril de 2010.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Disponível em: www.tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: www.tjdft.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: www.tjmg.gov.br.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: www.tjrs.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Disponível em: www.tjsc.jus.br.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL Disponível em: www.tse.jus.br.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; BATISTUTE, Rafaela Geiciani Messias. *O princípio da dignidade humana como princípio fundamental e a paternidade sócio afetiva*. Disponível em: www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista03/61-76.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2010.

<http://www.camvereadoresibiruba.rs.gov.br/cincofuncoes.htm>. Acesso em 17 de maio de 2010.

http://www.sr-cio.org/index.php?option=com_content&view=article&id=459:transexualidade-o-grito-de-quem-nao-quer-se-mostrar&catid=39:lgbtt&Itemid=58. Acesso em 09 de abril de 2010.

<http://www.ggb.org.br/orienta-homosexual.html>. Acesso em: 08 de abril de 2010.

<http://www.apf.pt/?area=003&mid=003>. Acesso em: 08 de abril de 2010.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u9402.shtml>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

<http://www.clicrbs.com.br/pioneiro/rs/plantao/10,2530490,Ataques-neonazistas-contrahomossexuais-se-tornaram-frequentes-em-Caxias.html>. Acesso em 12 de abril de 2010.

www.rabisco.com.br/33/ditadura.htm. Acesso em 16 de abril de 2010.

<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>. Acesso em: 01 de junho de 2010.

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/inde13042010.shl> Acesso em: 13 de abril de 2010.

http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701. Acesso em: 29 de junho de 2010.

http://direitoshumanos.etc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1266:homofobia-gay-esconde-tendencia-ao-disputar-vaga-&catid=41:lgbtt&Itemid=174. Acesso em: 01 de julho de 2010.

http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/comportamento/discriminacao_homossexual.shtm. Acesso em: 02 de julho de 2010.

<http://www.muitofirme.net/2007/08/volta-do-caso-richarlyson-juiz-nega.html>. Acesso em: 02 de julho de 2010.

http://ultimosegundo.ig.com.br/esportes/futebol/2007/08/03/juiz_e_afastado_e_queix_a_crime_de_richarlyson_segue_em_tramite_951814.html. Acesso em: 02 de julho de 2010.

<http://digartmedia.wordpress.com/2009/06/07/efeitos-dos-computadores-e-internet-na-sociedade/>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI275352-EI306,00.html>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

<http://www.nenoticias.com.br/lery.php?var=1251328469>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=86>. Acesso em: 14 de julho de 2010.

<http://jornal.valeparaibano.com.br/2002/08/17/geral/eller.html>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

<http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia182/2010/07/16/mundo,i=202726/ARGENTINA+SAI+NA+FRENTE+E+LEGALIZA+O+CASAMENTO+GAY.shtml>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/MundoNoticiaView.php?idNoticia=33>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

http://pt.wikilingue.com/es/Homosexualidad_na_Dinamarca. Acesso em: 18 de julho de 2010.

http://pt.wikilingue.com/es/Homosexualidad_na_Europa. Acesso em: 18 de julho de 2010.

<http://elmandotoledo.blogspot.com/2010/11/os-olhares-da-igreja-sobre-o.html>. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

<http://www.monergismo.com> Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

ANEXOS

Anexo 01 – Palestra de Direitos Humanos e Homofobia: Avanços e Conquistas no Brasil. Programa Brasil Sem Homofobia. Brasília, outubro de 2009

Anexo 02 – Princípios de Yogyakarta

Anexo 03 – Resolução nº 1.728/2010, da Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu



Presidência da República
Secretaria Especial dos Direitos Humanos





Direitos Humanos e Homofobia: Avanços e Conquistas do Brasil

Brasília - 2/10/2009

Programa Brasil Sem Homofobia

Eduardo Santarelo



ALGUNS PRESSUPOSTOS

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

- *O Estado tem que reduzir o nível de marginalidade através de suas políticas públicas.*
 - *VULNERABILIDADE SOCIAL*
-

Exemplo: Pesquisa Norte-Americana, da Sociedade Americana de Estudos do Suicídio, sobre “Orientação Sexual e Suicídio” identificou que a orientação sexual homossexual está significativamente relacionada aos sintomas ligados ao suicídio (predominantemente a depressão e o abuso de álcool), identificando ainda que a adolescência é a fase mais vulnerável ao suicídio.



VIOLÊNCIA CONTRA LGBT NO BRASIL

- *Segundo dados dos Grupos de defesa dos homossexuais no Brasil, um/a homossexual é assassinado a cada 2 dias no Brasil.*
- *As denúncias de crimes com base na homofobia recebidas pela SEDH apresentam em 100% dos casos requintes de crueldade.*
- *Segundo Pesquisa “Política, Direitos, Violência e Homossexualidade Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT - São Paulo 2005”, mostrou:*



GRÁFICO 21 Modalidades de discriminação (múltiplas respostas)
Parada São Paulo 2005

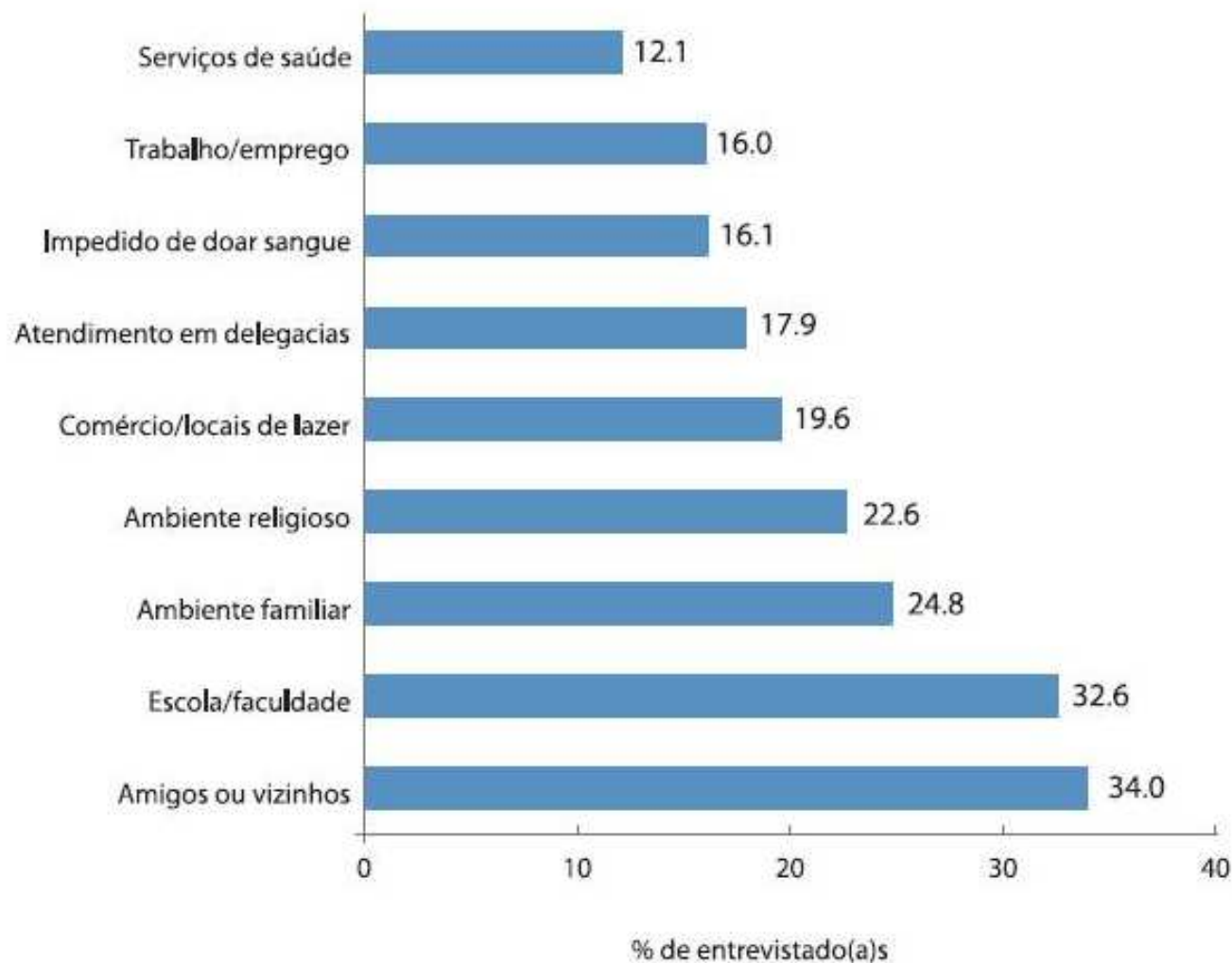
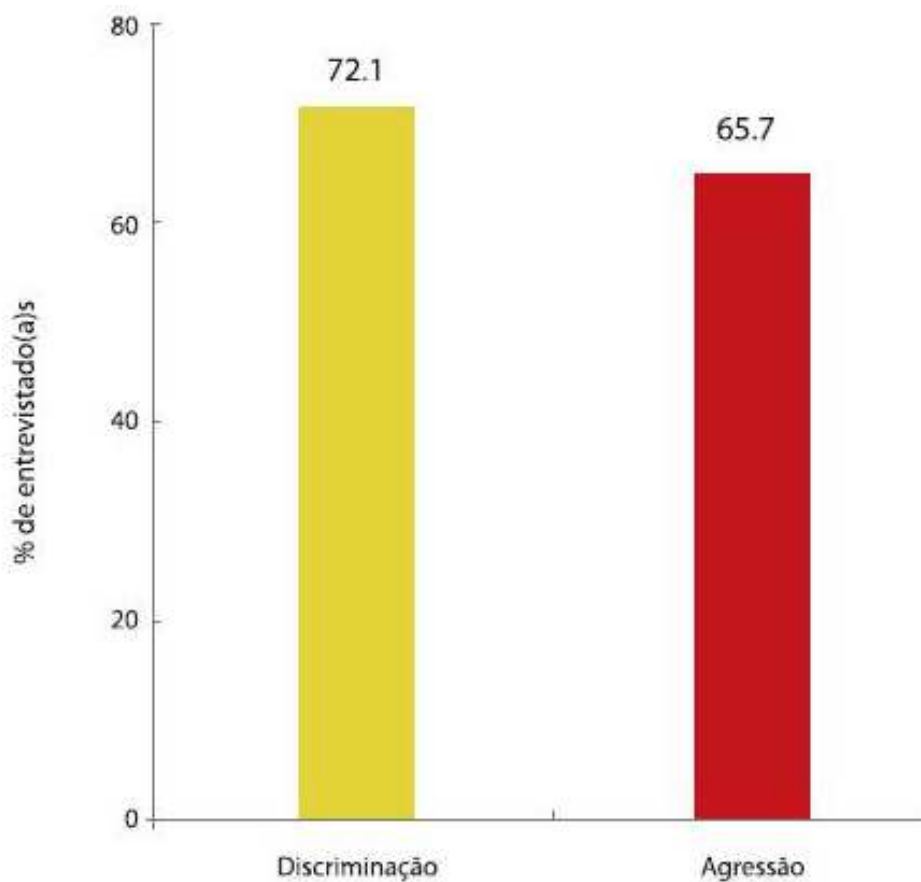




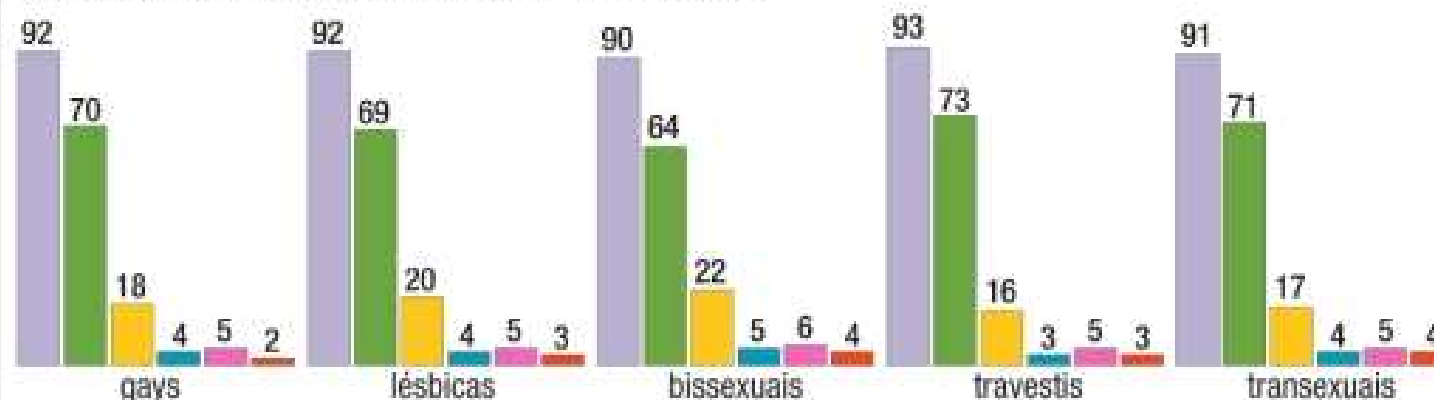
GRÁFICO 20 | Incidência de discriminação e de agressão (pelo menos uma experiência) - Parada São Paulo 2005



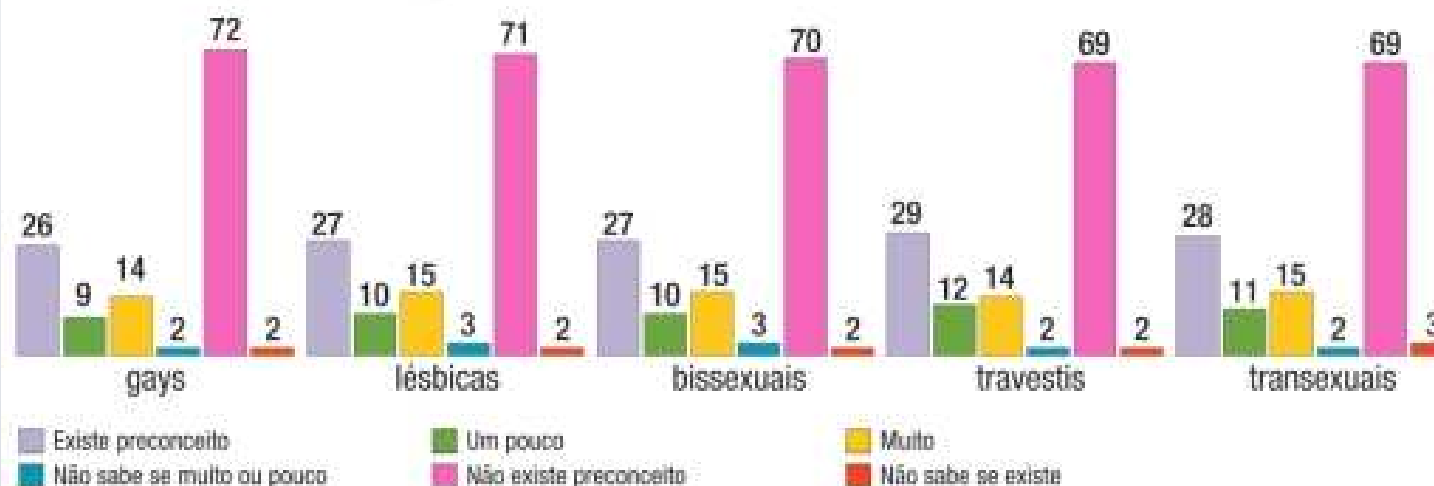


- Pesquisa **DIVERSIDADE SEXUAL E HOMOFOBIA NO BRASIL** – Fundação Perseu Abramo e Rosa Lixemburg Stiftung (2008) encomendada pelo Governo Federal revelou:

Existência de preconceito contra LGBT no Brasil



Existência de preconceito pessoal contra LGBT





UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO ESTADO NO COMBATE À HOMOFOBIA

Podemos então fazer uma exemplificação dos sujeitos envolvidos nos atos de violência baseados na Orientação Sexual e Identidade de Gênero:

- 1) O Agressor: aquele que pratica o ato violento;*
- 2) A Vítima: aquele que sofre o ato violento do Agressor;*
- 3) “Quem amola a faca”: nesse caso, são as pessoas que estimulam a discriminação e o preconceito, ou mesmo aquelas pessoas que não são preconceituosas diretamente e mesmo assim não fazem nada para mudar. Pode ser a mídia que ignora os/as LGBT e somente faz piadas, o agente público que pensa que essa população é de segunda categoria e até mesmo pais e mães que não recriam a discriminação de seus filhos, seja ela de qualquer natureza.*

O Estado então tem o papel de estimular a sociedade a “desamolar” a faca. Criar mecanismos de fomento da não discriminação, combatendo o preconceito e promovendo os DIREITOS HUMANOS.



UM NOVO CENÁRIO COMEÇA A SURTIR

Com a visibilidade conquistada pelos Movimentos Sociais em prol da população LGBT no Brasil, principalmente através das Paradas do Orgulho LGBT, o Poder Público passa a abrir espaço de interlocução para ouvir as demandas dessa população, **sob o foco principal do combate ao preconceito e crimes de intolerância.**



Divulgação



PROGRAMA BRASIL SEM HOMOFOBIA

Em 2004 nasce o Programa Brasil Sem Homofobia, a partir de uma demanda da Sociedade Civil Organizada, sob a coordenação da SEDH/PR com a participação de mais 8 órgãos do Governo Federal.

*A SEDH assume, pela primeira vez, que **“excluir as pessoas LGBT dos programas de proteção existentes no Estado, claramente viola as legislações nacional e internacional sobre direitos humanos.”***

O Programa em 2005 sai do papel e passa a ter orçamento próprio.

Em 2006 as ações do Programa ganham força orçamentária em decorrência de diversas emendas parlamentares. O Governo Federal passa a financiar sensibilizações em escolas (MEC), Paradas do Orgulho GLBT (MinC) entre outras ações.



No decorrer dos últimos 5 anos, o **Programa Brasil Sem Homofobia**, empreendeu diversas ações de **promoção** e **defesa** dos direitos humanos de **LGBT**, a saber:

1. Fomento à criação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia
2. Fomento à criação de Núcleos de Pesquisa e Promoção da Cidadania Homossexual
3. Propõe e executa a adaptação das ferramentas públicas, com o objetivo de eliminar em sua esfera a discriminação contra a população LGBT (MEC, SPM, SEPPIR, MINC, MJ/SENASP, MPOG, SEDH, MRE, MS, MTE, MD, MDS, TEM, MTUR, AGU)
4. Ações de Políticas Transversais de Base Intersectorial

Conferência Nacional



DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS
*O caminho para garantir a cidadania de gays,
lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais*





5. **Plano Nacional LGBT (18 Ministérios, 51 diretrizes, 184 ações)**
6. **Acompanhamento dos Projetos de Lei no Congresso Nacional e das Ações no STF. (Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Reconhecimento ao Direito para Alteração de Prenome e Sexo para Transexuais)**
7. **Protagonismo na discussão internacional (ONU – Revisão de Durban, Assembleia Geral e UNAIDS, Mercosul – RAADH e GT, Conferencia Internacional LGBT – Copenhagen).**
8. **Promoção de discussões temáticas e capacitações (pessoas com deficiência, idosos, adolescência, igualdade racial, educação, trabalho e emprego, etc.)**





Plano de Ação – 2º Semestre de 2009:

- **Curso à distância de Direitos Humanos e Diversidade Sexual (SEDH e UNB)**
- **I Encontro Nacional de Gestores e Gestoras de Políticas para LGBT**
- **Implementação de ações do Plano Nacional LGBT
(após a publicação do Decreto Presidencial, realizaremos lançamentos em todos os Estados e no Distrito Federal)**
- **Constituição do Grupo Interministerial de Monitoramento do Plano LGBT.**
- **Criação, no âmbito da SEDH/PR do Conselho Nacional LGBT.**
- **Criação de 04 novos Núcleos de Pesquisa e Promoção da Cidadania LGBT
(Unicamp/SP, USP/SP, UFRJ/RJ e URGs/RS)**
- **Apoio ao ENTLAIDS, ENUDS, Mostra de Cinema MIX BRASIL, PRÉ-
CONFERÊNCIA INTERNACIONAL LGBT**
- **Proposta de Novo Modelo dos Centros de Referência e Renovação.**
- **Julgamento das ações no STF (articulação para aprovação).**



Obrigado pela atenção.

Programa Brasil Sem Homofobia
Presidência da República
Secretaria Especial dos Direitos Humanos
Esplanada dos Ministérios – Bloco T, Anexo II
CEP:70.064-901 – Brasília – DF
Tel. (61) 2025-3081/3986
lgbt@sedh.gov.br

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero

ÍNDICE

	Introdução	7
	Preâmbulo	10
PRINCÍPIO 1.	Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos	12
PRINCÍPIO 2.	Direito à Igualdade e a Não-Discriminação	12
PRINCÍPIO 3.	Direito ao Reconhecimento Perante a Lei	13
PRINCÍPIO 4.	Direito à Vida	15
PRINCÍPIO 5.	Direito à Segurança Pessoal	15
PRINCÍPIO 6.	Direito à Privacidade	16
PRINCÍPIO 7.	Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade	17
PRINCÍPIO 8.	Direito a um Julgamento Justo	18
PRINCÍPIO 9.	Direito a Tratamento Humano durante a Detenção	19
PRINCÍPIO 10.	Direito de Não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante	20
PRINCÍPIO 11.	Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos	20
PRINCÍPIO 12.	Direito ao Trabalho	21
PRINCÍPIO 13.	Direito à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social	22
PRINCÍPIO 14.	Direito a um Padrão de Vida Adequado	22
PRINCÍPIO 15.	Direito à Habitação Adequada	23
PRINCÍPIO 16.	Direito à Educação	24
PRINCÍPIO 17.	Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde	25
PRINCÍPIO 18.	Proteção contra Abusos Médicos	26
PRINCÍPIO 19.	Direito à Liberdade de Opinião e Expressão	27
PRINCÍPIO 20.	Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas	28
PRINCÍPIO 21.	Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião	29
PRINCÍPIO 22.	Direito à Liberdade de Ir e Vir	29
PRINCÍPIO 23.	Direito de Buscar Asilo	30
PRINCÍPIO 24.	Direito de Constituir uma Família	30
PRINCÍPIO 25.	Direito de Participar da Vida Pública	31
PRINCÍPIO 26.	Direito de Participar da Vida Cultural	32
PRINCÍPIO 27.	Direito de Promover os Direitos Humanos	33
PRINCÍPIO 28.	Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes	34
PRINCÍPIO 29.	Responsabilização ("Accountability")	35
	Recomendações Adicionais	36
	Signatários e Signatárias dos Princípios de Yogyakarta	38

INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual¹⁾ e a identidade gênero²⁾ são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

Para enfrentar essas deficiências, é necessário uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação.

A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados.

Um grupo eminente de especialistas em direitos humanos preparou um documento preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou esses Princípios. Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

O relator da reunião, professor Michael O'Flaherty, deu uma contribuição imensa à versão preliminar e a revisão dos Princípios. Seu compromisso e esforço incansável foram críticos para o sucesso desse processo.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. No entanto, os especialistas também enfatizam que muitos outros atores têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. São feitas recomendações adicionais a esses outros atores, que incluem

o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não-governamentais e financiadores.

Os e as especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver.

Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos.

Sonia Onufer Corrêa
Co-presidenta

Vitit Muntarbhorn
Co-presidente

NÓS, DO PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

PREÂMBULO

LEMBRANDO que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que cada pessoa tem o direito de desfrutar os direitos humanos sem distinção de qualquer tipo, tal como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status;

PREOCUPADOS com a violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, com que essas experiências sejam agravadas por discriminação que inclui gênero, raça, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico, e com que essa violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito solapem a integridade daquelas pessoas sujeitas a esses abusos, podendo enfraquecer seu senso de auto-estima e de pertencimento à comunidade, e levando muitas dessas pessoas a reprimirem sua identidade e terem vidas marcadas pelo medo e invisibilidade;

CONSCIENTES de que historicamente pessoas experimentaram essas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero;

COMPREENDENDO "orientação sexual" como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO "identidade de gênero" como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;

OBSERVANDO que a legislação internacional de direitos humanos afirma que toda pessoa, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, que a aplicação das prerrogativas existentes de direitos humanos deve levar em conta as situações específicas e as experiências de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e que a consideração primordial em todas as ações relativas às crianças será a primazia dos interesses dessas crianças, e que uma criança capaz de formar opiniões pessoais tem o direito de expressá-las livremente e a essas opiniões deve ser atribuído o devido peso, de acordo com sua idade e maturidade;

NOTANDO que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência;

RECONHECENDO que há um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos como sendo aplicável à vida e a experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas;

RECONHECENDO que esta articulação deve basear-se no atual estado da legislação internacional de direitos humanos e que vai exigir revisões regulares para incorporar desenvolvimentos desta lei e sua aplicação à vida e à experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ao longo do tempo e em diversas regiões e países.

A REUNIÃO DE ESPECIALISTAS REALIZADA
EM YOGYAKARTA, INDONÉSIA,
ENTRE 6 E 9 DE NOVEMBRO DE 2006,
ADOTA, PORTANTO, OS SEGUINTE PRINCÍPIOS:

1 DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Os Estados deverão:

- a) Incorporar os princípios da universalidade, inter-relacionalidade, interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos nas suas constituições nacionais ou em outras legislações apropriadas e assegurar o gozo universal de todos os direitos humanos;
- b) Emendar qualquer legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos;
- c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

2 DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual

ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

Os Estados deverão:

- a) Incorporar os princípios de igualdade e não-discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios;
- b) Revogar dispositivos criminais e outros dispositivos jurídicos que proíbam, ou sejam empregados na prática para proibir, a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento, assegurando que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de sexos diferentes;
- c) Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Tomar as medidas adequadas para assegurar o desenvolvimento das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, para garantir que esses grupos ou indivíduos desfrutem ou exerçam igualmente seus direitos humanos. Estas medidas não podem ser consideradas como discriminatórias;
- e) Em todas as respostas à discriminação na base da orientação sexual ou identidade de gênero deve-se considerar a maneira pela qual essa discriminação tem interseções com outras formas de discriminação;
- f) Implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI

PRINCÍPIO 3

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero

autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
- d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
- e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
- f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

DIREITO À VIDA

PRINCÍPIO

4

Toda pessoa tem o direito à vida. Ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida, inclusive nas circunstâncias referidas à orientação sexual ou identidade de gênero. A pena de morte não deve ser imposta a ninguém por atividade sexual consensual entre pessoas que atingiram a idade do consentimento ou por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Revogar todas as formas de crimes que tenham como objetivo ou efeito a proibição da a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e, até que esses dispositivos sejam revogados, nunca impor a pena de morte a nenhuma pessoa condenada por esses crimes;
- b) Cancelar penas de morte e libertar todas as pessoas que atualmente aguardam execução por crimes relacionados à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento;
- c) Cessar quaisquer ataques patrocinados pelo Estado ou tolerados pelo Estado contra a vida das pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e garantir que tais ataques, realizados por funcionários do governo ou por qualquer indivíduo ou grupo, sejam energicamente investigados, e que, quando forem encontradas provas adequadas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos.

DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL

PRINCÍPIO

5

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação

sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar;

- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima não possa ser utilizada para justificar, desculpar ou atenuar essa violência;
- d) Garantir que a perpetração dessas violências seja vigorosamente investigada e, quando provas adequadas forem encontradas, as pessoas responsáveis sejam processadas, julgadas e devidamente punidas, e que as vítimas tenham acesso a recursos jurídicos e medidas corretivas adequadas, incluindo indenização;
- e) Realizar campanhas de conscientização dirigidas ao público em geral, assim como a perpetradores/as reais ou potenciais de violência, para combater os preconceitos que são a base da violência relacionada à orientação sexual e identidade de gênero.

PRINCÍPIO

6

DIREITO À PRIVACIDADE

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir o direito de cada pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, de desfrutar a esfera privada, decisões íntimas e relações humanas, incluindo a atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento, sem interferência arbitrária;
- b) Revogar todas as leis que criminalizam a atividades sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e assegurar que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e de diferentes sexos;
- c) Assegurar que os dispositivos criminais e outros dispositivos legais de aplicação geral não sejam aplicados de facto para criminalizar a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que tenham a idade do consentimento;

- d) Revogar qualquer lei que proíba ou criminalize a expressão da identidade de gênero, inclusive quando expressa pelo modo de vestir, falar ou maneirismo, a qual negue aos indivíduos a oportunidade de modificar seus corpos, como um meio de expressar sua identidade de gênero;
- e) Libertar todas as pessoas detidas com base em condenação criminal, caso sua detenção esteja relacionada à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento ou estiver relacionada à identidade de gênero;
- f) Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas.

DIREITO DE NÃO SOFRER PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE

PRINCÍPIO 7

Ninguém deve ser sujeito à prisão ou detenção arbitrárias. Qualquer prisão ou detenção baseada na orientação sexual ou identidade de gênero é arbitrária, sejam elas ou não derivadas de uma ordem judicial. Todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciarem procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a orientação sexual e a identidade de gênero não possam, em nenhuma circunstância, constituir justificção para prisão ou detenção, inclusive eliminando-se dispositivos da lei criminal definidos de maneira vaga que facilitam a aplicação discriminatória ou abrem espaço para prisões motivadas pelo preconceito;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tenham o direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciar procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei;

- c) Implementar programas de treinamento e conscientização para educar a polícia e outros funcionários encarregados da aplicação da lei no que diz respeito à arbitrariedade da prisão e detenção por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa;
- d) Manter registros precisos e atualizados de todas as prisões e detenções, indicando a data, local e motivo da detenção, e assegurando a supervisão independente de todos os locais de detenção por parte de organismos com autoridade e instrumentos adequados para identificar prisões e detenções que possam ter sido motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa.

PRINCÍPIO

8

DIREITO A JULGAMENTO JUSTO

Toda pessoa tem direito a ter uma audiência pública e justa perante um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, para determinar seus direitos e obrigações num processo legal e em qualquer acusação criminal contra ela, sem preconceito ou discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para proibir e eliminar tratamento preconceituoso por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero em cada etapa do processo judicial, nos procedimentos civis e criminais e em todos os outros procedimentos judiciais e administrativos que determinem direitos e obrigações, e de assegurar que a credibilidade ou caráter de uma pessoa como parte interessada, testemunha, defensora ou tomadora de decisões não sejam impugnados por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas necessárias e razoáveis para proteger as pessoas de processos criminais ou procedimentos civis que sejam motivados, no todo ou em parte, por preconceito relativo à orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Implementar programas de treinamento e de conscientização para juízes, funcionários de tribunais, promotores/as, advogados/as e outras pessoas sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

DIREITO A TRATAMENTO HUMANO DURANTE A DETENÇÃO

9

Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

Os Estados deverão:

- a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;
- b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado;
- c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral;
- e) Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro;
- f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero;
- g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

PRINCÍPIO

10 DIREITO DE NÃO SOFRER TORTURA E TRATAMENTO OU CASTIGO CRUEL, DESUMANO OU DEGRADANTE

Toda pessoa tem o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para evitar e proteger as pessoas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero da vítima, assim como o incitamento a esses atos;
- b) Tomar todas as medidas razoáveis para identificar as vítimas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, oferecendo recursos jurídicos, medidas corretivas e reparações e, quando for apropriado, apoio médico e psicológico;
- c) Implantar programas de treinamento e conscientização, para a polícia, o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão em posição de perpetrar ou evitar esses atos.

PRINCÍPIO

11 DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA TODAS AS FORMAS DE EXPLORAÇÃO, VENDA E TRÁFICO DE SERES HUMANOS

Todas as pessoas têm o direito à proteção contra o tráfico, venda e todas as formas de exploração, incluindo mas não limitado à exploração sexual, com base na orientação sexual e identidade de gênero, real ou percebida. As medidas para prevenir o tráfico devem enfrentar os fatores que aumentam a vulnerabilidade, inclusive várias formas de desigualdade e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, reais ou percebidas, ou a expressão destas ou de outras identidades. Estas medidas devem ser coerentes com os direitos humanos das pessoas que correm riscos de serem vítimas de tráfico.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias, de natureza preventiva ou protetora, em relação ao tráfico, venda e todas as formas de exploração de seres humanos, incluindo mais não limitado à exploração sexual, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida;
- b) Garantir que nenhuma dessas leis ou medidas criminalize o comportamento, estigmatize, ou de qualquer outra forma, exacerbe as desvantagens daquelas pessoas vulneráveis a essas práticas;
- c) Implantar medidas, serviços e programas jurídicos, educacionais e sociais para enfrentar os fatores que aumentam a vulnerabilidade ao tráfico, venda e todas as formas de exploração, incluindo porém não limitado à exploração sexual, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, incluindo fatores como exclusão social, discriminação, rejeição da família ou de comunidades culturais, falta de independência financeira, falta de moradia, atitudes sociais discriminatórias que levam à baixa auto-estima e falta de proteção contra discriminação no acesso à habitação, emprego e serviços sociais.

DIREITO AO TRABALHO**PRINCÍPIO
12**

Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.

PRINCÍPIO

13

DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E A
OUTRAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO SOCIAL

Toda pessoa tem o direito à seguridade social e outras medidas de proteção social, sem discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar acesso igual, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, à seguridade social e outras medidas de proteção social, inclusive benefícios de emprego, licença-parental, benefícios de desemprego, seguro-saúde ou atendimento e benefícios (inclusive para modificações corporais relacionadas à identidade de gênero), outros seguros sociais, benefícios para a família, ajuda funerária, pensões e benefícios relacionados à perda do apoio de cônjuges ou parceiros/parceiras resultante de doença ou morte;
- b) Assegurar que as crianças não sejam sujeitas a nenhuma forma de tratamento discriminatório no sistema de seguridade social ou na provisão de benefícios sociais por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero, ou de qualquer membro de sua família;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o acesso a estratégias e programas de redução da pobreza, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

PRINCÍPIO

14

DIREITO A UM PADRÃO DE
VIDA ADEQUADO

Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida adequado, inclusive alimentação adequada, água potável, saneamento e vestimenta adequados, e a uma melhora contínua das condições de vida, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar acesso igual, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, à alimentação, água potável, saneamento e vestimenta adequados.

DIREITO À HABITAÇÃO ADEQUADA

PRINCÍPIO 15

Toda pessoa tem o direito à habitação adequada, inclusive à proteção contra o despejo, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir a segurança de contrato de aluguel e acesso à habitação de baixo custo, habitável, acessível, culturalmente apropriada e segura, incluindo abrigos e outras acomodações emergenciais, sem discriminação por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou status conjugal ou familiar;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para proibir a execução de despejos que não estejam de acordo com as obrigações internacionais de direitos humanos; e assegurar que medidas legais adequadas e eficazes, ou outros recursos jurídicos apropriados, estejam disponíveis para qualquer pessoa a qual alegue que seu direito de proteção contra o despejo forçado foi violado ou está sob risco de violação, inclusive o direito a reassentamento, que inclui o direito a lote de terra alternativo de melhor ou igual qualidade e à habitação adequada, sem discriminação por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou status conjugal e familiar;
- c) Garantir direitos iguais à propriedade da terra e da habitação, assim como o direito à herança, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Estabelecer programas sociais, inclusive programas de apoio, para enfrentar fatores relacionados à orientação sexual e identidade de gênero que aumentam a vulnerabilidade à falta de moradia, especialmente para crianças e jovens, incluindo a exclusão social, violência doméstica e outras formas de violência, discriminação, falta de independência financeira e rejeição pela família ou comunidade cultural, assim como promover planos para o apoio e segurança dos vizinhos;
- e) Promover programas de treinamento e de conscientização para assegurar que todas as agências relevantes fiquem conscientes e sensíveis às necessidades das pessoas que enfrentam a falta de moradias ou desvantagens sociais, como resultado de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

PRINCÍPIO
16

DIREITO À EDUCAÇÃO

Toda pessoa tem o direito educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero, e respeitando essas características.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o acesso igual à educação e tratamento igual dos e das estudantes, funcionários/as e professores/as no sistema educacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Garantir que a educação seja direcionada ao desenvolvimento da personalidade de cada estudante, de seus talentos e de suas capacidades mentais e físicas até seu potencial pleno, atendendo-se as necessidades dos estudantes de todas as orientações sexuais e identidades de gênero;
- c) Assegurar que a educação seja direcionada ao desenvolvimento do respeito aos direitos humanos e do respeito aos pais e membros da família de cada criança, identidade cultural, língua e valores, num espírito de entendimento, paz, tolerância e igualdade, levando em consideração e respeitando as diversas orientações sexuais e identidades de gênero;
- d) Garantir que os métodos educacionais, currículos e recursos sirvam para melhorar a compreensão e o respeito pelas diversas orientações sexuais e identidades de gênero, incluindo as necessidades particulares de estudantes, seus pais e familiares relacionadas a essas características;
- e) Assegurar que leis e políticas dêem proteção adequada a estudantes, funcionários/as e professores/as de diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, contra toda forma de exclusão social e violência no ambiente escolar, incluindo intimidação e assédio;
- f) Garantir que estudantes sujeitos a tal exclusão ou violência não sejam marginalizados/as ou segregados/as por razões de proteção e que seus interesses sejam identificados e respeitados de uma maneira participativa;
- g) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a disciplina nas instituições educacionais seja administrada de forma coerente com a dignidade humana, sem discriminação ou penalidade por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero do ou da estudante, ou de sua expressão;
- h) Garantir que toda pessoa tenha acesso a oportunidades e recursos para aprendizado ao longo da vida, sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive adultos que já tenham sofrido essas formas de discriminação no sistema educacional.

DIREITO AO PADRÃO MAIS ALTO ALCANÇÁVEL DE SAÚDE

PRINCÍPIO 17

Toda pessoa tem o direito ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. A saúde sexual e reprodutiva é um aspecto fundamental desse direito.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o gozo do direito ao mais alto padrão alcançável de saúde, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que todas as pessoas tenham acesso às instalações, bens e serviços de atendimento à saúde, inclusive à saúde sexual e reprodutiva, e acesso a seu próprio histórico médico, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Assegurar que as instalações, bens e serviços de atendimento à saúde sejam planejados para melhorar o status de saúde e atender às necessidades de todas as pessoas, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, mas levando em conta essas características, e que os registros médicos relacionados a isso sejam tratados de forma confidencial;
- d) Desenvolver e implementar programas para enfrentar a discriminação, preconceito e outros fatores sociais que solapam a saúde das pessoas por efeito de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- e) Assegurar que todas as pessoas sejam informadas e empoderadas para tomarem suas próprias decisões no que diz respeito ao atendimento e tratamento médicos, com consentimento realmente baseado em informações confiáveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- f) Garantir que todos os programas e serviços de saúde sexual e reprodutiva, educação, prevenção, atendimento e tratamento respeitem a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, estando igualmente disponíveis para todas as pessoas, sem discriminação;
- g) Facilitar o acesso daquelas pessoas que estão buscando modificações corporais relacionadas à reassignação de sexo/gênero, ao atendimento, tratamento e apoio competentes e não-discriminatórios;
- h) Assegurar que todos os provedores de serviços de saúde tratem os/as clientes e seus parceiros ou parceiras sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento de parceiros e parceiras como parentes mais próximos;

- i) Adotar políticas e programas de educação e treinamento necessários para capacitar as pessoas que trabalham nos serviços de saúde a proverem o mais alto padrão alcançável de atenção à saúde a todas as pessoas, com pleno respeito à orientação sexual e identidade de gênero de cada uma.

PRINCÍPIO 18

PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS MÉDICOS

Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir a proteção plena contra práticas médicas prejudiciais por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive na base de estereótipos, sejam eles derivados da cultura ou de outros fatores, relacionados à conduta, aparência física ou normas de gênero percebidas;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que nenhuma criança tenha seu corpo alterado de forma irreversível por procedimentos médicos, numa tentativa de impor uma identidade de gênero, sem o pleno e livre consentimento da criança que esteja baseado em informações confiáveis, de acordo com a idade e maturidade da criança e guiado pelo princípio de que em todas as ações relacionadas a crianças, tem primazia o melhor interesse da criança;
- c) Implementar mecanismos de proteção à criança, de modo que nenhuma criança seja sujeita a abusos médicos ou corra esse risco;
- d) Assegurar a proteção das pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero contra pesquisas e procedimentos médicos antiéticos ou involuntários, inclusive em relação à vacina, tratamentos ou microbicidas para o HIV/Aids e outras doenças;
- e) Rever e emendar qualquer dispositivo ou programa de financiamento de saúde, incluindo aqueles de ajuda ao desenvolvimento, que possam promover, facilitar ou, de qualquer outra forma, tornar possíveis esses abusos;
- f) Garantir que qualquer tratamento ou aconselhamento médico ou psicológico não trate, explícita ou implicitamente, a orientação sexual e identidade de gênero como doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO

PRINCÍPIO 19

Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e idéias de todos os tipos, incluindo idéias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o pleno gozo da liberdade de opinião e expressão, respeitando os direitos e liberdades das outras pessoas, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, incluindo a recepção e transmissão de informações e idéias sobre a orientação sexual e identidade de gênero, assim como a defesa de direitos legais, publicação de materiais, transmissão de rádio e televisão, organização de conferências ou participação nelas, ou disseminação e acesso à informação sobre sexo mais seguro;
- b) Garantir que os produtos e a organização da mídia que é regulada pelo Estado sejam pluralistas e não-discriminatórios em relação às questões de orientação sexual e identidade de gênero, e que o recrutamento de pessoal e as políticas de promoção dessas organizações não discriminem por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o pleno gozo do direito de expressar a identidade ou autonomia pessoal, inclusive por meio da palavra, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio;
- d) Assegurar que as noções de ordem pública, moralidade pública, saúde pública e segurança pública não sejam empregadas para restringir, de forma discriminatória, qualquer exercício da liberdade de opinião e expressão que afirme a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero;
- e) Garantir que o exercício da liberdade de opinião e expressão não viole os direitos e liberdades das pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- f) Assegurar que todas as pessoas independente de orientação sexual ou identidade de gênero, desfrutem de igual acesso a informações e idéias, assim como de participação no debate público.

DIREITO À LIBERDADE DE REUNIÃO E ASSOCIAÇÃO PACÍFICAS

Toda pessoa tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, inclusive com o objetivo de manifestações pacíficas, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. As pessoas podem formar associações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, assim como associações para distribuir informação, facilitar a comunicação e defender os direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e conseguir o reconhecimento dessas organizações, sem discriminação.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar os direitos de organização, associação, reunião e defesa pacíficas em torno dos temas de orientação sexual e identidade de gênero, e de obter reconhecimento legal para essas associações e grupos, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Garantir especialmente que as noções de ordem pública, moralidade pública, saúde pública e segurança pública não sejam empregadas para restringir qualquer exercício do direito de reunião e associação pacíficas simplesmente porque elas afirmam orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- c) Sob nenhuma circunstância impedir o exercício do direito à reunião e associação pacíficas por motivos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero, e garantir que as pessoas que exercem esses direitos recebam proteção policial adequada e outras proteções físicas contra a violência ou assédio;
- d) Prover treinamento e programas de conscientização para autoridades encarregadas de aplicar as leis e outros/as funcionários/as relevantes de maneira a capacitá-los/las a fornecer essa proteção;
- e) Assegurar que as regras de divulgação de informação para associações e grupos voluntários não tenham, na prática, efeitos discriminatórias para essas associações e grupos que tratam de temas de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como para seus membros.

DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA E RELIGIÃO

PRINCÍPIO
21

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Estes direitos não podem ser invocados pelo Estado para justificar leis, políticas ou práticas que neguem a proteção igual da lei, ou discriminem, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de as pessoas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, terem e praticarem crenças religiosas ou não-religiosas, sozinhas ou associadas a outras pessoas, livres de interferência nessas crenças e também livres de coerção ou imposição de crenças;
- b) Garantir que a expressão, prática e promoção de opiniões, convicções e crenças diferentes relacionadas a temas de orientação sexual ou identidade de gênero não sejam feitas de forma incompatível com os direitos humanos.

DIREITO À LIBERDADE DE IR E VIR

PRINCÍPIO
22

Toda pessoa que vive legalmente num Estado tem o direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência dentro das fronteiras desse Estado, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A orientação sexual e identidade de gênero nunca podem ser invocadas para limitar ou impedir a entrada, saída ou retorno a qualquer Estado, incluindo o próprio Estado da pessoa.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que o direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência esteja garantido, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

23 DIREITO DE BUSCAR ASILO

Toda pessoa tem o direito de buscar e de desfrutar de asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive de perseguição relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Um Estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Rever, emendar e aprovar leis para assegurar que o temor fundamentado de perseguição por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero seja aceito para reconhecimento do status de refugiado e asilado;
- b) Assegurar que nenhuma política ou prática discrimine aquelas pessoas que buscam asilo na base de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Garantir que nenhuma pessoa seja transferida, expulsa ou extraditada para qualquer Estado onde essa pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, por causa da orientação sexual ou identidade de gênero daquela pessoa.

24 DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

- b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que em todas as ações e decisões relacionadas a crianças, sejam tomadas por instituições sociais públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança tem primazia e que a orientação sexual ou identidade de gênero da criança ou de qualquer membro da família ou de outra pessoa não devem ser consideradas incompatíveis com esse melhor interesse;
- d) Em todas as ações ou decisões relacionadas as crianças, assegurar que uma criança capaz de ter opiniões pessoais possa exercer o direito de expressar essas opiniões livremente, e que as crianças recebam a devida atenção, de acordo com sua idade e a maturidade;
- e) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nos Estados que reconheçam o casamento ou parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo, qualquer prerrogativa, privilégio, obrigação ou benefício disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as de sexo diferente esteja igualmente disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as do mesmo sexo;
- f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo;
- g) Garantir que casamentos e outras parcerias legalmente reconhecidas só possam ser contraídas com o consentimento pleno e livre das pessoas com intenção de ser cônjuges ou parceiras.

DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA PÚBLICA

PRINCÍPIO 25

Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos, participar da formulação de políticas que afetem seu bem-estar e ter acesso igual a todos os níveis do serviço público e emprego em funções públicas, incluindo a polícia e as forças militares, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Rever, emendar e aprovar leis para assegurar o gozo pleno do direito de participar na vida pública e nos assuntos políticos, incluindo todos os níveis do serviço governamental e emprego em funções públicas, inclusive o serviço na polícia e nas forças militares, sem discriminação e com pleno respeito pela orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar estereótipos e preconceitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero que impeçam ou restrinjam a participação na vida pública;
- c) Assegurar o direito de cada pessoa de participar na formulação de políticas que afetem o seu bem-estar, sem discriminação com base na, e com pleno respeito por, sua orientação sexual e identidade de gênero.

PRINCÍPIO

26 DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA CULTURAL

Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e de expressar por meio da participação cultural a diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar oportunidades de participação na vida cultural a todas as pessoas, independente de sua orientação sexual e identidade de gênero e com pleno respeito por essas características;
- b) Promover o diálogo e o respeito mútuo entre aqueles e aquelas que expressam os diversos grupos culturais presentes na sociedade e representados no Estado, incluindo grupos que têm visões diferentes sobre questões de orientação sexual e identidade de gênero, com respeito pelos direitos humanos referidos nestes Princípios.

DIREITO DE PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS

PRINCÍPIO 27

Toda pessoa tem o direito de promover a proteção e aplicação, individualmente ou em associação com outras pessoas, dos direitos humanos em nível nacional e internacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui atividades voltadas para a promoção da proteção dos direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, assim como o direito de desenvolver e discutir novas normas de direitos humanos e de defender sua aceitação.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar um ambiente favorável às atividades voltadas para a promoção, proteção e aplicação dos direitos humanos, inclusive direitos relevantes para a orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas adequadas para combater ações ou campanhas que visam atingir defensores e defensoras de direitos humanos que trabalham com temas de orientação sexual e identidade de gênero, assim como ações que visam defensores e defensoras de direitos humanos de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- c) Assegurar que os defensores de direitos humanos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e também sem importar quais temas e direitos humanos defendem, desfrutem de acesso não-discriminatório às organizações e órgãos de direitos humanos nacionais e internacionais, possam participar deles e estabelecer comunicação com eles;
- d) Garantir proteção aos defensores e defensoras de direitos humanos trabalhando com temas de orientação sexual e identidade de gênero contra qualquer violência, ameaça, retaliação, discriminação de *facto* ou *de jure*, pressão ou qualquer outra ação arbitrária perpetrada pelo Estado ou por atores não-estatais em resposta às suas atividades de direitos humanos. A mesma proteção deve ser assegurada a defensores e defensoras de direitos humanos que trabalhem com qualquer tema contra tal tratamento baseado na sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- e) Apoiar o reconhecimento e acreditação de organizações que promovam e protejam os direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas em nível nacional e internacional.

DIREITO A RECURSOS JURÍDICOS E MEDIDAS CORRETIVAS EFICAZES

Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes.

Os Estados deverão:

- a) Estabelecer os procedimentos jurídicos necessários, incluindo a revisão de leis e políticas, para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero tenham acesso a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição e/ou qualquer outro meio que seja apropriado;
- b) Assegurar que esses recursos jurídicos sejam aplicados e implementados em tempo hábil;
- c) Garantir que sejam estabelecidas instituições e padrões eficazes para a provisão de recursos jurídicos e medidas corretivas, e que todo o seu pessoal seja treinado nos temas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Assegurar que todas as pessoas tenham acesso a todas as informações necessárias sobre os procedimentos para buscar recursos jurídicos e medidas corretivas;
- e) Garantir que seja fornecida ajuda financeira àquelas pessoas que não possam arcar com os custos das medidas corretivas e que seja eliminado qualquer outro obstáculo para assegurar essas medidas corretivas, seja ele financeiro ou de outro tipo;
- f) Assegurar programas de treinamento e conscientização, incluindo medidas voltadas para professores/as e estudantes em todos os níveis do ensino público, organismos profissionais, e violadores/as potenciais de direitos humanos, para promover o respeito e adesão aos padrões internacionais de direitos humanos de acordo com estes Princípios, assim como para combater atitudes discriminatórias por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

RESPONSABILIZAÇÃO (“ACCOUNTABILITY”)

PRINCÍPIO 29

Toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários/as públicos/as. Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Implantar procedimentos criminais, civis, administrativos e outros procedimentos, que sejam apropriados, acessíveis e eficazes, assim como mecanismos de monitoramento, para assegurar que as pessoas e instituições que violam os direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero sejam responsabilizadas;
- b) Assegurar que todas as alegações de crimes praticados com base na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, seja ela real ou percebida, inclusive crimes descritos nestes Princípios, sejam investigados de forma rápida e completa e que, quando evidências adequadas sejam encontradas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos;
- c) Implantar instituições e procedimentos independentes e eficazes para monitorar a formulação de leis e políticas e sua aplicação, garantindo a eliminação da discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Eliminar qualquer obstáculo que impeça a responsabilização das pessoas que praticaram violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

RECOMENDAÇÕES ADICIONAIS

Todos os membros da sociedade e da comunidade internacional têm responsabilidades relacionadas à aplicação dos direitos humanos. Assim, recomendamos que:

- a) O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos endosse estes Princípios, promova sua implementação em todo o mundo e os integre ao trabalho do Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos, inclusive em nível de trabalho de campo;
- b) O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas endosse estes Princípios e dê atenção substantiva às violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, com a perspectiva de promover o cumprimento desses Princípios por parte dos Estados;
- c) Os Procedimentos Especiais de Direitos Humanos das Nações Unidas prestem a devida atenção às violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero e integre estes Princípios à implementação de seus respectivos mandatos;
- d) O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas reconheça e credencie as organizações não-governamentais cujo objetivo seja promover e proteger os direitos humanos de pessoas de diversas orientações sexuais e identidade de gênero, de acordo com sua Resolução 1996/31;
- e) Os Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas integrem vigorosamente estes Princípios à implementação de seus respectivos mandatos, inclusive à sua jurisprudência e ao exame dos relatórios dos Estados e, quando apropriado, adote Comentários Gerais ou outros textos interpretativos sobre a aplicação da legislação de direitos humanos a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas;
- f) A Organização Mundial da Saúde e o Unids desenvolvam diretrizes sobre a provisão de serviços e atendimento de saúde adequados, que respondam às necessidades de saúde das pessoas relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, com respeito pleno pelos seus direitos humanos e dignidade;
- g) O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados integre estes Princípios aos esforços para proteger pessoas que sofrem, ou têm temor bem fundamentado de sofrer, perseguição por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, assegurando que nenhuma pessoa seja discriminada por sua orientação sexual ou identidade de gênero, no que diz respeito ao recebimento de assistência humanitária e outros serviços, ou na determinação do status de refugiado;
- h) As organizações intergovernamentais regionais e sub-regionais com compromisso com os direitos humanos, assim como os órgãos regionais dos tratados de direitos humanos, assegurem que a promoção destes Princípios seja essencial à implementação dos mandatos de seus vários mecanismos, procedimentos e outros arranjos e iniciativas de direitos humanos;

- i) Os tribunais de direitos humanos regionais integrem vigorosamente à sua jurisprudência sobre orientação sexual e identidade de gênero aqueles Princípios que sejam relevantes para os tratados de direitos humanos os quais eles interpretam;
- j) As organizações não-governamentais que trabalhem com direitos humanos em nível nacional, regional e internacional promovam o respeito por esses Princípios dentro do marco de referência de seus mandatos específicos;
- k) As organizações humanitárias incorporem estes Princípios a qualquer operação humanitária ou de ajuda e não discriminem pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero no âmbito da provisão de ajuda financeira e de outros serviços;
- l) As instituições de direitos humanos nacionais promovam o respeito a estes Princípios por atores estatais e não-estatais, e integrem a seu trabalho a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- m) As organizações profissionais, incluindo aquelas nas áreas médica, de justiça criminal e civil e educacional revisem suas práticas e diretrizes para garantir que promovam vigorosamente a implementação destes Princípios;
- n) As organizações comerciais reconheçam e assumam o papel importante que têm em assegurar o respeito a estes Princípios no que diz respeito a suas próprias forças de trabalho e em promover estes Princípios nacional e internacionalmente;
- o) A mídia de massa evite o uso de estereótipos em relação à orientação sexual e identidade de gênero e promova a tolerância e aceitação da diversidade da orientação sexual humana e da identidade de gênero, assim como realize trabalho de conscientização em torno desses temas;
- p) Os financiadores governamentais e privados forneçam assistência financeira às organizações não-governamentais e a outras organizações, para a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas.

ESTES PRINCÍPIOS E RECOMENDAÇÕES refletem a aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma limitando, os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais.

APÊNDICE

SIGNATÁRIOS E SIGNATÁRIAS DOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Maxim Anmeghichean (Moldávia), Associação Internacional de Lésbicas e Gays – Europa

Mauro Cabral (Argentina), Universidade Nacional de Córdoba, Argentina, Comissão Internacional de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas.

Sonia Onufer Corrêa (Brasil), Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política.

Elizabeth Evatt (Austrália), ex-integrante e presidenta do Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, ex-integrante do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e integrante da Comissão Internacional de Juristas.

Paul Hunt (Nova Zelândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito ao mais alto padrão de saúde alcançável e professor do Departamento de Direito, Universidade de Essex, Reino Unido

Maina Kiai (Quênia), Presidenta da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia.

Miloon Kothari (Índia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito à habitação adequada.

Judith Mesquita (Reino Unido), Pesquisadora Sênior do Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, Reino Unido.

Alice M. Miller (Estados Unidos), Professora Assistente da Escola de Saúde Pública e Co-Diretora do Programa de Direitos Humanos da Universidade de Columbia, EUA.

Sanji Mmasenono Monageng (Botsuana), Juíza do Tribunal Superior (Gâmbia), integrante da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, Presidenta do Comitê de Acompanhamento da implementação das Diretrizes de Robben Island sobre a proibição e prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos).

Vitit Muntarbhorn (Tailândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação de direitos humanos na República Popular Democrática da Coreia (Coreia do Norte) e professor de direito da Universidade de Chulalongkorn, Tailândia.

Lawrence Mute (Quênia), membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia.

Manfred Nowak (Áustria), Professor e co-diretor do Instituto de Direitos Humanos Ludwig Boltzmann, Áustria, e Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes.

Ana Elena Obando Mendoza (Costa Rica), advogada feminista, ativista dos direitos humanos das mulheres e consultora internacional.

Michael O'Flaherty (Irlanda), membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e professor de Direitos Humanos Aplicados e co-diretor do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Nottingham (foi o relator durante a produção dos Princípios de Yogyakarta)

Sunil Pant (Nepal), Presidente da Sociedade Diamante Azul do Nepal.

Dimitrina Petrova (Bulgária), Diretora Executiva do Fundo para a Igualdade dos Direitos.

Rudi Mohammed Rizki (Indonésia), Relator Especial das Nações Unidas sobre solidariedade internacional; professor sênior e vice-reitor de Assuntos Acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade de Padjadjaran, Indonésia.

Mary Robinson (Irlanda), Fundadora do "Concretizando os Direitos: Iniciativa por uma Globalização Ética" (Realizing Rights: The Ethical Globalization Initiative), ex-presidenta da Irlanda e ex-Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos.

Nevena Vuckovic Sahovic (Sérvia e Montenegro), integrante do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e presidenta do Centro de Direitos da Criança, Belgrado, Sérvia e Montenegro.

Martin Scheinin (Finlândia), Relator Especial das Nações Unidas para luta contra o terrorismo e professor de direito constitucional e internacional da Universidade Åbo Akademi, Finlândia.

Wan Yanhai (China), Fundador do Projeto de Ação AIZHI e diretor do Instituto AIZHIXING de Educação de Saúde de Pequim.

Stephen Whittle (Reino Unido), Professor de Direito de Igualdade na Universidade Metropolitana de Manchester, Reino Unido.

Roman Wieruszewski (Polônia), Membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e diretor do Centro de Direitos Humanos de Poznan, Polônia.

Robert Wintemute (Reino Unido), Professor de Direitos Humanos, Faculdade de Direito, King's College, Londres, Reino Unido.

Recherche

de News
de Documents
Index A-Z

Actualité

Toute l'info
Bulletin (Newsletter)



Réunions

L'actualité de la semaine
Sessions
Conférences et colloques
Toutes les réunions

Documents

Textes adoptés
Documents de travail
Rapports en préparation
Comptes-rendus
Aide à la recherche

Fonctionnement

L'APCE en bref (PDF)
- Origine
- Structure
- Procédures
- Commissions
Règlement
Secrétaire Général
Organigramme

Membres

Liste de A à Z
Par groupe politique
Par délégation nationale
Par Commission
Autres organes
Membres depuis 1949

Groupes politiques (www)

PPE/DC
SOC
GDE
ADLE
GUE

Liens

Conseil de l'Europe
Parlements nationaux
Parlements internationaux
Institutions internationales

Téléchargement

Logo de l'APCE
Photos

Parliamentary Assembly
Assemblée parlementaire



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Parliamentary Assembly Assemblée parlementaire

Edition provisoire

Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre

Résolution 1728 (2010)¹

1. L'Assemblée parlementaire rappelle que l'orientation sexuelle est une part profonde de l'identité de chaque être humain et qu'elle englobe l'hétérosexualité, la bisexualité et l'homosexualité. L'Assemblée rappelle également que cette dernière est désormais dépénalisée dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. L'identité de genre désigne l'expérience intime et personnelle de son genre telle que vécue par chacun. Une personne transgenre est quelqu'un dont l'identité de genre ne correspond pas au genre qui lui a été assigné à sa naissance.

2. Au regard du droit international, tous les êtres humains sont nés libres et égaux en dignité et en droits. L'orientation sexuelle et l'identité de genre sont reconnues comme des motifs de discrimination interdits. Au regard de la Cour européenne des droits de l'homme, une différence de traitement est discriminatoire si elle n'a aucune justification objective ni raisonnable. L'orientation sexuelle constituant un aspect très intime de la vie privée d'une personne, la Cour considère que les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle ne peuvent se justifier que par des raisons particulièrement graves. Dans son arrêt de 1999 dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, elle a souligné que les comportements négatifs de la part d'une majorité hétérosexuelle à l'encontre d'une minorité homosexuelle ne sauraient constituer une justification suffisante, pas plus que le même type de comportements négatifs envers un sexe, une race, une origine ou une couleur différent.

3. Pourtant, les personnes lesbiennes, gay, bisexuelles et transgenres (LGBT), de même que les défenseurs des droits de l'homme œuvrant pour les droits des personnes LGBT, se heurtent à des préjugés, à une hostilité et à une discrimination profondément enracinés et largement répandus dans toute l'Europe. Le manque de connaissances et de compréhension au sujet de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre est un défi que doit relever la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, car il engendre de nombreuses violations des droits de l'homme qui touchent à la vie de millions de personnes. Parmi les principaux sujets de préoccupation figurent la violence physique et verbale (crimes et/ou discours de haine), les restrictions injustifiées de la liberté d'expression, de réunion et d'association, les violations du droit au respect de la vie privée et familiale, les violations des droits à l'éducation, au travail et à la santé, ainsi que la stigmatisation récurrente. Par conséquent, dans toute l'Europe, de nombreuses personnes LGBT vivent dans la crainte et doivent cacher leur orientation sexuelle ou leur identité de genre.

4. Les personnes transgenres se trouvent confrontées à un cycle de discrimination et de privation de leurs droits dans bon nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe en raison d'attitudes discriminatoires et des obstacles qu'elles rencontrent pour obtenir un traitement de conversion sexuelle et une reconnaissance juridique de leur nouveau sexe. De ce fait, les taux de suicide sont relativement élevés parmi les personnes transgenres.

5. La discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre peut être exacerbée en raison du sexe et du genre, les femmes lesbiennes, bisexuelles et transgenres, en particulier, courant un risque accru de violence. La communauté LGBT elle-même n'est pas à l'abri de la discrimination sexuelle.

6. L'Assemblée est particulièrement préoccupée par la violation des droits à la liberté de réunion et d'expression des personnes LGBT dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe puisque ces droits

sont des piliers de la démocratie. Cette situation a été illustrée par l'interdiction (ou les tentatives d'interdiction) de rassemblements ou de manifestations pacifiques de personnes LGBT et de leurs sympathisants, ainsi que par le soutien ouvert ou tacite apporté par certains responsables politiques à des contre-manifestations violentes.

7. Les discours de haine prononcés par certains responsables politiques, religieux et autres représentants de la société civile et les discours de haine véhiculés par les médias et Internet sont aussi un grave sujet de préoccupation. L'Assemblée rappelle qu'il est du devoir ultime de tous les pouvoirs publics non seulement de protéger de manière pratique et efficace les droits stipulés par les instruments des droits de l'homme, mais aussi de s'abstenir de discours susceptibles de légitimer et d'alimenter la discrimination ou la haine fondées sur l'intolérance. La frontière entre le discours de haine incitant au crime et la liberté d'expression doit être définie conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

8. L'homophobie et la transphobie ont des conséquences particulièrement graves pour les jeunes LGBT. Ils se trouvent couramment confrontés à des brutalités, à des enseignants parfois peu coopératifs et hostiles et à des programmes scolaires qui ignorent les questions relatives aux LGBT ou propagent des attitudes homophobes ou transphobes. Attitudes discriminatoires au sein de la société et rejet de la famille peuvent être extrêmement préjudiciables à la santé mentale des jeunes LGBT, comme en attestent des taux de suicide beaucoup plus élevés que dans le reste de la population jeune.

9. Il est important de ne pas critiquer l'orientation sexuelle perçue ou déclarée des jeunes, en particulier lorsqu'ils sont scolarisés et âgés de moins de 18 ans, et d'être conscient que toute exploitation de leur identité sexuelle perçue ou déclarée, ou toute humiliation, tout traitement dégradant basés sur cette identité, peuvent être à la fois immoraux et potentiellement dommageables pour leur bien-être et leur épanouissement, à la fois à ce stade et plus tard dans leur vie.

10. Il faut également remédier au déni des droits des «familles LGBT» de fait dans de nombreux Etats membres, notamment par la reconnaissance juridique et la protection de ces familles.

11. Par ailleurs, l'Assemblée se félicite que, dans certains cas, les autorités politiques et judiciaires aient pris des mesures de lutte contre la discrimination qui affecte les personnes LGBT.

12. Dans cette perspective, l'Assemblée salue les travaux du Comité des Ministres qui a adopté le 31 mars 2010 une recommandation aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (CM/Rec(2010)5), la haute priorité accordée à cette question par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ainsi que les récents rapports de l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne sur l'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les Etats membres de l'Union européenne.

13. Rappelant ses [Recommandations 1474](#) (2000) sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et 1117 (1989) relative à la condition des transsexuels, l'Assemblée réitère sa condamnation des diverses formes de discrimination subies par les personnes LGBT dans les Etats du Conseil de l'Europe. Les personnes LGBT ne devraient pas avoir à craindre d'être stigmatisées ni persécutées, tant dans la sphère publique que privée.

14. L'Assemblée estime que le Conseil de l'Europe a le devoir de promouvoir un message clair de respect et de non-discrimination, afin que tout un chacun puisse vivre dans la dignité dans tous ses Etats membres.

15. Par ailleurs, l'éradication de l'homophobie et de la transphobie nécessite la volonté politique des Etats membres de mettre en œuvre une approche cohérente en matière de droits de l'homme et de se lancer dans un vaste éventail d'initiatives. A cet égard, l'Assemblée souligne que les parlementaires ont la responsabilité spécifique d'initier et de soutenir des changements dans la législation et les politiques appliquées par les Etats membres du Conseil de l'Europe.

16. Par conséquent, l'Assemblée appelle les Etats membres à traiter ces questions et, en particulier :

16.1. à assurer le respect des droits fondamentaux des personnes LGBT, notamment la liberté d'expression, de réunion et d'association, conformément aux normes internationales en matière de droits de l'homme ;

16.2. à prévoir des recours juridiques pour les victimes et mettre un terme à l'impunité de ceux qui violent les droits fondamentaux des personnes LGBT, en particulier leur droit à la vie et à la sécurité ;

16.3. à reconnaître que les femmes lesbiennes, bisexuelles et transgenres courent un risque accru de violence fondée sur le genre (notamment le viol, la violence sexuelle et le harcèlement, ainsi que les mariages forcés) et leur offrir une protection en rapport avec le risque accru ;

16.4. à condamner les discours de haine et les déclarations discriminatoires, et assurer une protection efficace des personnes LGBT contre ces déclarations tout en respectant le droit à la liberté d'expression, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la

Cour européenne des droits de l'homme ;

16.5. à adopter et appliquer une législation anti-discrimination incluant l'orientation sexuelle et l'identité de genre parmi les motifs de discrimination prohibés et des sanctions pour les infractions ;

16.6. à abroger les dispositions législatives non conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;

16.7. à garantir que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre peuvent être effectivement signalées à des instances judiciaires et non judiciaires, et veiller à ce que des structures nationales de défense des droits de l'homme et des organes de promotion de l'égalité traitent ces questions ;

16.8. à signer et ratifier le Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit une interdiction générale de la discrimination ;

16.9. à garantir la reconnaissance juridique des couples de même sexe uniquement lorsque la législation nationale prévoit une telle reconnaissance, comme déjà recommandé par l'Assemblée en 2000, en prévoyant :

16.9.1. les mêmes droits et obligations pécuniaires que ceux établis pour les couples hétérosexuels ;

16.9.2. le statut de « proche » ;

16.9.3. lorsque l'un des partenaires d'un couple de même sexe est étranger, des mesures permettant à ce partenaire de bénéficier des mêmes droits de résidence que ceux dont bénéficierait un partenaire étranger dans un couple hétérosexuel ;

16.9.4. la reconnaissance des dispositions adoptées par d'autres Etats membres qui produisent des effets similaires ;

16.10. à prévoir la possibilité d'une responsabilité parentale commune des enfants de chacun des deux partenaires, en tenant compte des intérêts des enfants ;

16.11. à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes transgenres et, en particulier, garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes :

16.11.1. à la sécurité ;

16.11.2. à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale ;

16.11.3. à un traitement de conversion sexuelle et à l'égalité de traitement en matière de soins de santé ;

16.11.4. à l'égalité d'accès à l'emploi, aux biens, aux services, au logement et autres, sans discrimination ;

16.11.5. à la reconnaissance des unions, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;

16.12. à mettre en place ou développer des programmes anti-discrimination et des programmes de sensibilisation favorisant la tolérance, le respect et la compréhension des personnes LGBT, en particulier à l'intention des agents publics, des instances judiciaires, des forces de l'ordre et des forces armées, mais aussi des établissements d'enseignement, des médias, de la profession médicale et des milieux sportifs ;

16.13. à promouvoir la recherche en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, ainsi qu'établir et/ou entretenir des contacts réguliers avec les défenseurs des droits de l'homme œuvrant pour les droits des personnes LGBT et consulter ces instances sur les questions liées à ce type de discrimination ;

16.14. à encourager le dialogue fondé sur un respect mutuel entre les institutions nationales de défense des droits de l'homme, les organes de promotion de l'égalité, les défenseurs des droits de l'homme œuvrant pour les droits des personnes LGBT et les institutions religieuses, afin de faciliter les débats publics et les réformes sur les questions concernant ces personnes ;

16.15. à reconnaître la persécution des personnes LGBT comme motif d'asile et appliquer la note

d'orientation publiée en 2008 par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés concernant les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre ;

16.16. à appliquer pleinement dans leur législation et leur pratique la recommandation du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

17. Les Etats membres peuvent exempter les institutions et organisations religieuses lorsque ces institutions et organisations sont engagées dans des activités religieuses ou lorsque des obligations légales sont en conflit avec les principes d'une conviction et d'une doctrine religieuses ou contraindraient ces institutions et organisations à abandonner une partie de leur autonomie religieuse, et si ces exceptions sont compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ *Discussion par l'Assemblée* le 29 avril 2010 (17^e séance) (voir [Doc. 12185](#), rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur : M. Gross et [Doc. 12197](#), avis de la commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes, rapporteur : M^{me} Memecan). *Texte adopté par l'Assemblée* le 29 avril 2010 (17^e séance).

Voir également la [Recommandation 1915](#) (2010).