



Universidade Católica do Salvador
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa em Família na Sociedade Contemporânea

SHEILA DE ANDRADE FERREIRA

**O DEVER DO ESTADO DE PROMOÇÃO À
IGUALDADE DE GÊNERO**

SALVADOR

2014

SHEILA DE ANDRADE FERREIRA

**O DEVER DO ESTADO DE PROMOÇÃO À
IGUALDADE DE GÊNERO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, como requisito para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Professor Dr. Edilton Meireles de
Oliveira Santos

SALVADOR

2014

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

F383 Ferreira, Sheila de Andrade.
O dever do estado de promoção à igualdade de gênero/ Sheila de
Andrade Ferreira.– Salvador, 2013.
152 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em
Família na Sociedade Contemporânea.
Orientação: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

1. Igualdade de Gênero 2. Concretização da Isonomia – Direitos
Fundamentais 3. Atuação Estatal I. Título.

CDU 342.722:316.346.2

TERMO DE APROVAÇÃO

Sheila de Andrade Ferreira

“O Dever do Estado de Promoção à igualdade de gênero”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 19 de fevereiro de 2014.

Banca Examinadora:



Dr (a). Edilton Meireles de Oliveira Santos- UCSal
Orientador (a)



Dr (a) Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - UFBA



Dr (a). Camilo de Lelis Colani Barbosa - UCSal

“Importante é o amor, o sexo é só um acidente:
pode ser igual ou diferente.”

(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer a DEUS sempre, não só por esta conquista, mas por estar presente em minha vida pautando todas as minhas condutas com retidão e concedendo-me a realização deste sonho que parecia impossível.

Ao caríssimo professor Dr. Edilton Meireles, não só pelas contribuições técnicas e acadêmicas, sem as quais a qualidade deste trabalho restaria prejudicada, mas, principalmente, por ter me acolhido neste programa de Pós-Graduação e ter aceitado o desafio de me orientar.

Não poderia deixar de agradecer aos demais professores que fazem parte do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Família na Sociedade Contemporânea da UCSAL e que fizeram parte da minha formação.

À minha família, parte essencial de quem sou, especialmente minha mãe, que me ensinou a lição mais valiosa: que desta vida só leva o que se aprende, por isso sempre me estimulou a estudar e crescer intelectualmente, sendo a minha maior incentivadora.

Por fim, ao meu marido, Gustavo Nogueira, que colaborou diretamente ao longo desses dois anos de Mestrado, nunca deixando de segurar minha mão, de prestar o apoio e o carinho necessários para seguir nesta jornada. Obrigada por compreender minhas ausências e acreditar em mim.

FERREIRA, Sheila de Andrade. **O dever do estado de promoção à Igualdade de gênero.** 152f. 2014. Programa em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, 2014.

RESUMO

A presente dissertação analisa o dever do Estado em promover a igualdade de gênero. Assim, são considerados os direitos fundamentais à isonomia, intimidade, dignidade da pessoa e livre determinação sexual. Nesse contexto, a liberdade sexual está inserida como viés dos direitos humanos. Também são enfocados no trabalho os aspectos relevantes que permitem a efetivação desses direitos, especialmente no que concerne à livre determinação sexual. O cerne da pesquisa, entretanto, não é a garantia em abstrato prevista na Constituição Federal, mas sim, a maneira de implementação de tais direitos fundamentais por parte do Estado, com enfoque na concretização, seja pelas políticas públicas, pelas soluções judiciais, ou até mesmo pelos diversos instrumentos normativos que venham a tornar a lei fundamental indene de dúvidas e ratificar um ambiente favorável à sedimentação desses direitos. No Estado Constitucional Democrático brasileiro, encontram-se, em contínua relação, os direitos humanos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional, impulsionando a força normativa dos direitos individuais (e os sociais), assim como a cidadania participativa e reivindicatória. Destarte as singularidades do direito fundamental à igualdade de gênero, com várias garantias dele decorrentes, deveres estatais prestacionais reconhecidos e progressivos conferem-lhe plena eficácia, exigibilidade e preferência nas colisões principiológicas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são analisados, evidenciando-se a ponderação utilizada para concretizar a isonomia. Com efeito, também, são estudados a contribuição do Poder Judiciário na pacificação de conflitos, bem como o papel do Poder Executivo através da implementação de políticas públicas, que impulsionam o processo de efetivação da igualdade de gênero, pois, ainda que restem situações, as quais efetivamente demandem uma solução legislativa mais enérgica e incisiva, sempre em busca da força normativa crescente no texto magno e perspectivas futuras de maximização, cumpre ao Estado promover a concretização constitucional.

Palavras-chave: Igualdade de Gênero; Concretização da isonomia; Atuação Estatal.

FERREIRA, Sheila de Andrade. **The state's duty to promote gender equality.** 152 f. 2014. Program in Family in Contemporary Society of the Catholic University of Salvador - UCSAL, 2014.

ABSTRACT

This dissertation examines the state's duty to promote gender equality. So, are considered fundamental rights to equality, privacy, dignity and free sex determination. In this context, sexual freedom is inserted as bias of human rights. Are also focused on work relevant aspects that enable the realization of these rights, especially with regard to sexual self-determination. The focus of the research, however, is not guaranteed in the abstract provided in the Constitution, but the manner of implementation of these fundamental rights by the State , with a focus on achievement, either by public policy, the judicial remedies, or even by various normative instruments that may become law harmless from doubts and ratify an environment conducive to settling these rights. In the Brazilian democratic constitutional state, are in continuous relationship fundamental human rights, democracy and constitutional jurisdiction, boosting the normative force of individual rights (and social), as well as participatory citizenship and vindicatory. The singularities of the fundamental right to gender equality, with various warranties hereunder, state duties provided, recognized and progressiveness give it full effect, enforceability and preference in collisions of principles. Precedents of the Supreme Court and Superior Court are analyzed, revealing the weights used to achieve the right to equality. So, are studied the contribution of the Judiciary in the pacification of conflicts and the role of the executive branch through the implementation of public policies that drive the process of realization of gender equality, because even though there are still situations, which effectively demanding a legislative solution more forceful and incisive, always in search of normative force growing in the text magnum and future prospects of maximizing fulfills the State Constitutional promote achievement .

Key words: Equality;Implementation of equality; Acting State

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2	ESCORÇO HISTÓRICO	15
2.1	INTRODUÇÃO	15
2.2	GRÉCIA	16
2.3	ROMA	18
2.4	ÁSIA	19
2.5	A HOMOSSEXUALIDADE NAS CODIFICAÇÕES HISTÓRICAS	20
2.6	A HOMOSSEXUALIDADE E A CIÊNCIA	23
3	DEFINIÇÕES	29
3.1	SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS	29
3.2	A IDENTIFICAÇÃO DE CADA UM NAS SIGLAS	32
3.3	A HOMOAFETIVIDADE: SURGIMENTO DO TERMO	33
4	A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
4.1	A NORMA COMO VALOR: A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (ROBERT ALEXY)	35
4.2	A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	37
4.3	O DEVER DO ESTADO DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
5	O DIREITO À SEXUALIDADE COMO VIÉS DOS DIREITOS HUMANOS	45
5.1	NOÇÕES ELEMENTARES	45
5.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	53
5.3	A ISONOMIA	58
5.4	A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE	61
5.5	A LIBERDADE SEXUAL: DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO SEXUAL	62
5.6	A FAMÍLIA HOMOSSEXUAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	66
6	A PROMOÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO	69
6.1	INTRODUÇÃO	69
6.1	LICENÇA-NATALIDADE	70
6.3	ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA	72
6.3.1	A Inexistência de Norma Proibitiva e o Preenchimento dos Requisitos Legais....	72
6.3.2	A Desnecessidade de Aferir a Orientação Sexual dos Adotantes	74

6.3.3	A Busca do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	76
6.4 A	VIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NOME PARA TRANSEXUAIS E O USO DO NOME SOCIAL	83
6.5	CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL	91
6.6	POLÍTICAS PÚBLICAS.....	100
7	AVANÇO JURISPRUDENCIAL.....	107
7.1	O ESTADO-JUIZ E O DEVER DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	107
7.2	DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS	110
7.3	PENSÃO POR MORTE	114
7.4	DIREITO À HERANÇA	114
7.5	DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	116
7.6	DIVISÃO DE PATRIMÔNIO COMUM.....	117
7.7	DEVER DE PAGAR ALIMENTOS	118
7.8	USO DO SOBRENOME DO(A) COMPANHEIRO(A).....	119
7.9	AUTORIZAÇÃO DE TRANSPLANTE.....	120
7.10	VISTO DE PERMANÊNCIA	121
7.11	QUALIDADE DE DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE	123
7.12	LICENÇA REMUNERADA.....	124
7.13	DIREITO DE VISITAS.....	124
8	AVANÇOS LEGISLATIVOS NA TEMÁTICA.....	126
8.1	DIREITO À LEGISLAÇÃO PROTETIVA	126
8.2	INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM TRAMITAÇÃO	131
8.3	O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL: A CONSTRUÇÃO DE UM MICROSSISTEMA	132
8.4	PROTEÇÃO PENAL: A DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TIPO ESPECÍFICO	138
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
	REFERÊNCIAS.....	147

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre destacar que temas relacionados à diversidade de gêneros são geralmente polêmicos e impõem debates instigantes, o que representa, no mínimo, um desafio. Assim, entende-se que a órbita dos estereótipos e da repetição dos discursos exclusivos deve ser abandonada para dar lugar a um diálogo pautado em assuntos como a nova concepção da família, os avanços de políticas públicas e o reconhecimento de um Estado laico.

Para isso, adota-se como referencial, ao longo de todo o trabalho, diversos princípios constitucionais, bem como o papel social do Estado contemporâneo e o paradigma do neoconstitucionalismo, colocando a Constituição de 1988 como o protagonista normativo essencial e existencial do Estado Constitucional Democrático Brasileiro.

Nesse contexto, porém, antes de adentrar no foco da discussão, fez-se necessário arrolar as definições de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, com suas respectivas especificações teóricas e a evolução das siglas ligadas à orientação sexual a fim de facilitar o trabalho do leitor e tornar indene de dúvidas o tema central em debate.

Pois bem, o presente trabalho visa analisar o dever do Estado de concretizar os direitos fundamentais como veículo de promoção da igualdade de gênero. Nessa ordem de ideias, são elencados diversos projetos de lei em tramitação, contudo, destacou-se no estudo o Estatuto da Diversidade Sexual.

Trata-se de uma pesquisa focada não apenas nas mudanças legislativas, como também sociais, cujo reflexo nas decisões jurisprudenciais é inafastável, posto que a temática envolve necessariamente mudanças de comportamentos nas relações pessoais, profissionais e comunitárias que, quando levadas ao Poder Judiciário para a solução de conflitos, passam, necessariamente, por uma ponderação de valores. Assim, o estudo em tela interessa não apenas aos aplicadores do Direito no seu cotidiano profissional, mas, sobretudo, à sociedade brasileira em sua lenta e progressiva configuração cultural e aos estudiosos das relações familiares, tais como os antropólogos, os sociólogos e os psicólogos que, analisando o contexto social, verificam o reflexo da cultura nesse sistema.

Assim, a magnitude das questões levantadas e discutidas no presente trabalho envolve a orientação sexual do indivíduo e o seu reflexo na sociedade, especialmente, quanto ao aspecto jurídico da efetivação de direitos. Esse mote é geralmente cercado de mitos e tabus, pois ainda que a identidade sexual do indivíduo não diga respeito à coletividade, se ela

perpassar o padrão convencional passa a ser alvo de uma profunda rejeição social, o que se reflete na lei e na sua aplicação. Daí porque mesmo após maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal deu um importante passo a partir do julgamento paradigma das duas ações constitucionais¹, no qual foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, as polêmicas não se calaram. Muito pelo contrário, a decisão com efeito vinculante e eficácia perante todos ensejou a autorização judicial nos Tribunais Pátrios permitindo expressamente a realização de casamento civil entre homossexuais, o que acirrou os debates entre defensores e opositores da temática. Portanto, o reconhecimento jurídico e os inúmeros avanços legislativos galgados, especialmente na última década, não foram capazes de extirpar o preconceito assente na sociedade.

Forçoso reconhecer que tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador federal de normatizar situações alheias aos padrões comportamentais tidos como aceitos socialmente, já que isso envolve interesses de grupos políticos opostos e muito radicais em suas ideologias. A solução mais eficaz para a problemática seria a efetivação dos direitos das minorias em um processo de participação democrática e antissubordinatória. Seria ampliada, desse modo, a participação de grupos opostos e a concretização de direitos através de uma interpretação sistemática e racional do texto constitucional seria viabilizada. Destarte, fechar os olhos à diversidade da orientação sexual, componente da realidade, não vai fazê-la desaparecer e a omissão legal acaba tão-só fomentando ainda mais a discriminação, o preconceito e a violência.

Nesse contexto, é imprescindível salientar a avulta necessidade de correspondência ao conteúdo da Constituição e a efetivação dos valores mínimos essenciais como instrumento para aumentar a eficácia dos direitos dos homoafetivos.

Na mesma sintonia, é substancial analisar os avanços legislativos já existentes no ordenamento brasileiro, bem como considerar as contribuições propostas pelo Estatuto da Diversidade Sexual, situação esta que merece um capítulo próprio. Impende ressaltar, ainda, que mais importante do que os instrumentos legais em tramitação no Congresso Nacional é fundamental para o avanço da matéria uma mudança de concepção social, o que já é possível notar mesmo que de forma vagarosa, em algumas políticas públicas e ações governamentais, também abordadas nesta dissertação.

¹ Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG. 13/10/2011 PUBLIC. 14/10/2011 EMENT VOL-02607- 01 PP-00001.

As inovações na ordem jurídica são estudadas ao longo do presente trabalho e em capítulo específico e se mostram como resultado de uma revolução social rumo à efetivação das garantias individuais e coletivas dos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais – individualmente considerados e em comunhão, seja nas relações sociais, como nas pessoais e profissionais. Isso tudo porque, quando respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de acordo com sua orientação sexual ou identidade de gênero, é possível respeitar o próximo e conviver com as diferenças.

A nova realidade em que se vive exige de todos quebra de paradigmas afim de haver adaptação a um contexto social onde é indevida a ingerência estatal, familiar ou social para coibir alguém de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais. Isso porque cada um tem o direito de conduzir sua vida privada, não sendo admitidas pressões para que o indivíduo revele, renuncie ou modifique sua identidade de gênero ou orientação sexual. E, caso decida revelar, elas não poderão ser alvo de discriminação, muito menos de negativa de seus direitos.

Também são traçadas as mudanças operadas na sociedade brasileira e as adaptações jurisprudenciais ocorridas ao longo das últimas décadas, tais como a concessão de direitos previdenciários aos companheiros do mesmo sexo, a adoção por casal homossexual, proteção penal contra a homofobia, uso do nome social, entre outros. Além disso, é enfatizado o esforço hercúleo dos estudiosos da família para compreender e adaptar os paradigmas sociais às diretrizes constitucionais e legais vigentes no país.

A perfeita compreensão do tema exige que sejam discutidas de forma científica as políticas públicas, a normatização dos direitos, a modificação das estruturas institucionais do Estado, a eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade sexual nas esferas pública e privada.

Por envolver a própria inserção do indivíduo no contexto social, o estudo proposto analisa os reflexos da questão da identidade sexual como direito da personalidade, o qual tem proteção constitucional e é uma das mais instigantes questões que estão a merecer regulamentação. Apesar da igualdade formal prevista no texto constitucional, o cotidiano social revela que é cada vez mais necessário ratificar e incrementar o dever do Estado e da sociedade de garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e o direito à participação na comunidade.

O objetivo principal da presente dissertação é a construção de uma abordagem teórica e constitucionalmente adequada para a concretização responsável dos direitos relacionados à igualdade de gênero, independente da orientação sexual.

Busca-se nesta dissertação a apreciação científica dos avanços da jurisprudência na temática e como esses viabilizam gradativas inovações legislativas em diversas searas e refletem o anseio do novo contexto igualitário, especialmente no que concerne a transformação dos padrões socialmente aceitos.

Ademais, a diretriz político-jurídica da dignidade da pessoa humana é enfocada de modo a permitir que o exame em tela sirva para interpretar e ponderar a orientação sexual do indivíduo em sociedade de modo a ser respeitado e poder ver reconhecida sua personalidade de acordo com sua identidade de gênero.

A construção teórica desta dissertação caracteriza-se pela enumeração das hipóteses legais autorizativas de intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais como garantia da justiça simétrica.

Naturalmente, o foco da pesquisa é a importância da efetivação dos princípios da isonomia, liberdade sexual, intimidade e dignidade da pessoa humana. Assim, os diversos instrumentos legais disponíveis para a efetivação material da igualdade e respeito à diferença da orientação sexual de cada um, bem como no reconhecimento do direito à convivência comunitária e familiar e consequente liberdade de constituição de família e de vínculos parentais independentemente do gênero é uma consequência lógica.

Nesse âmbito, a afeição e o direito à felicidade merecem ser destacados e devem ser ponderados no momento de intensificar as relações interpessoais, com o propósito de que o coletivo reconheça que as diferenças podem ser administradas e aceitas, por maiores que possam ser os preconceitos, por mais acaloradas que sejam as discussões e as controvérsias que se travem sobre o tema. E essa é a única solução que não afronta as garantias e os direitos individuais e sociais constitucionalmente assegurados.

Robert Alexy orienta a linha teórica mestra da dissertação, pela sua referência conceitual sobre Estado Constitucional Democrático, direitos fundamentais sociais, jurisdição constitucional e ponderação. Utiliza-se, ainda, como referência teórica Ingo Wolfgang Sarlet, Roger Raupp Rios, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira por serem nomes na doutrina brasileira vinculados ao desenvolvimento da temática.

A metodologia desenvolvida no presente trabalho é do tipo bibliográfica, com o emprego de métodos descritivos e de análise qualitativa, utilizando-se de dados secundários (obras jurídicas e jurisprudência). A pesquisa é delimitada às edições mais recentes dos autores, bem como da análise de políticas públicas e leis já efetivadas em diversos estados do Brasil relacionadas ao tema.

O enfoque do presente trabalho é analítico, com perspectiva essencialmente dogmática (enfoque dogmático-analítico) e dimensão empírica no exame da aplicação do tema tratado nesta dissertação pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e diversos Tribunais Pátrios.

As considerações finais retomam os objetivos deste trabalho e situam os principais achados da pesquisa retomando os pontos elementares da análise produzida.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

2.1 INTRODUÇÃO

A narrativa histórica em qualquer tema jurídico apresenta relevante papel, especialmente no que concerne ao fornecimento de bases de fundamentação e evidências de questões epistemológicas, inclusive com o fito de formar alicerces no processo de compreensão da experiência humana e posterior desenvolvimento de argumentação jurídica. Nesse sentido, este capítulo contém importantes traços da sexualidade humana ao longo da história como comportamento em determinadas culturas e sua conjuntura até a contemporaneidade.

Dito isto, imperioso esclarecer ao leitor que o objetivo aqui encartado cinge-se a uma breve análise metodológica que compreende a sexualidade como uma construção social e, como tal, são abordadas contextualizações históricas atinentes ao tema; sem, contudo, pretender esgotar todas as suas particularidades inerentes.

Certo é que assim como a sexualidade, a homossexualidade não é algo novo. Trata-se de um comportamento que sempre esteve presente na história da humanidade. Sendo que, em um primeiro momento, as relações homossexuais não causavam nenhum tipo de estranheza. Muito pelo contrário, era algo natural, como um ritual de passagem. Chegando até mesmo a serem estimuladas, como acontecia nas relações entre o mentor e pupilo ou nos ritos tribais de passagem, mas que jamais chegaram a ter *status* matrimonial².

Porém, a partir do Cristianismo e atinente à questão de interesse político, a homossexualidade passou a ser encarada com outros olhos, sendo relegada ao patamar de prática não natural, vinculada ao pecado, condenada ao repúdio social e até a morte. Seus praticantes, então, passam a ser escrutinados como doentes e pervertidos, estando sujeitos a diversos tipos de punição, tais como tratamento psiquiátrico, condenação criminal, encarceramento familiar, cerceamento social e até lobotomia³.

Impende ressaltar que não é somente entre os seres humanos que o comportamento de se relacionar sexualmente com outros do mesmo gênero pode ser verificado. Estudos apontam diversas espécies de animais se relacionando com outros do mesmo sexo. A

² MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: JURUÁ, 2010, p. 278-279.

³ LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **História da Homossexualidade**. Parte 1 e 2. 2008. Disponível em <<http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp>>. Acesso em 10 out.2013.

homossexualidade animal e a diversidade sexual dos bichos, entretanto, extrapolam, e muito, o desiderato deste trabalho. Motivo pelo qual sua existência só é apontada como mero interesse científico adjacente, sendo oportuna a indicação de aprofundamento do leitor em material próprio⁴.

A observação animal tende a apontar que a relação entre seres do mesmo gênero se trata de um ato instintivo, o que poderia não se limitar aos bichos⁵. Quantos aos humanos, o fato é que há dados históricos importantes da homossexualidade nas civilizações, nesse sentido, destacam-se: Roma, Grécia e Ásia, que são aqui tratados em subtópicos a seguir.

2.2 GRÉCIA

Na Grécia antiga, as mulheres eram vistas como inferiores aos homens, por isso elas não recebiam educação e suas atividades estavam limitadas aos afazeres domésticos e à maternidade. A procriação era uma dádiva, mas fora isso, o papel delas não tinha grande relevância na vida política, intelectual e social, ressalvadas as cortesãs.

Ao contrário das mulheres, os homens eram educados, cativados pelos discursos intelectuais e pelo culto ao belo. Nesse sentido, eram comuns as reuniões em ginásios para a prática de esportes, como também para a apreciação do físico dos atletas, especialmente por parte dos mais velhos, que contemplavam a beleza e vigor muscular dos mais moços, que, em regra, ficavam despidos exatamente para expor o corpo. Este, de fato, era enaltecido em todas as suas formas na cultura grega⁶.

Como se sabe, o filósofo Sócrates (469-399 A.C.), adepto do amor homossexual, pregava que o coito anal era a melhor forma de inspiração – e o sexo heterossexual, por sua vez, servia apenas para procriar⁷.

Assim, na cultura grega, a educação dos filhos do sexo masculino, quando eles entravam na adolescência, era costumeiramente atribuída a um homem mais velho, eleito pela família, a quem era incumbido o dever de educar o adolescente. Esta relação entre educador e educando é apontada, pelos especialistas⁸, também como o surgimento da

⁴ BAGEMIHL, Bruce. *apud* BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000. 120 p

⁵ SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma História**. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 40-41.

⁶ *Idem*.

⁷ REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga: Platão e Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2001.

⁸ SPENCER, *op. cit.*, p. 19-20.

pederastia⁹, pela iniciação sexual. Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos, para absorver suas virtudes e seus conhecimentos de Filosofia¹⁰.

Importante frisar que a pederastia, que era relação entre um homem adulto e um rapaz mais jovem, era vista como algo normal e refletia simplesmente uma etapa natural da vida de um grego. Tanto que tal prática fora difundida em todas as ilhas gregas. O ‘Erastes’ (homem mais velho) não era qualquer um, sempre dependia da aprovação familiar, bem como da aceitação do ‘Erômenos’ (adolescente) para que aquele viesse a servir como amigo e educador do adolescente.

Esse processo de aprendizado se iniciava aos doze anos de idade e se estendia até os dezoito anos. Tempo durante o qual o Erômenos permanecia na posição de parceiro passivo. Somente aos vinte e cinco anos, poderia assumir o papel ativo de Erastes em uma futura relação pederástica ativa. Concluindo, assim, o ciclo natural da vida de um grego.

É de se sublinhar que o casamento ocorria normalmente com mulheres. E em nada atrapalhava a relação entre Erastes e Erômenos, já que o matrimônio era posterior à escolha do jovem homem por um novo menino para dar continuidade ao ciclo, no qual aquele que outra fora Erômenos assumiria o papel de Erastes.

É importante frisar que a relação acima descrita entre um homem mais velho e um jovem era algo natural e cíclico. Já as relações homossexuais entre pessoas da mesma idade e de mulheres entre si eram completamente rechaçadas. Acreditava-se, ainda, que o homem que assumia a postura passiva não era um verdadeiro homem, pois só quem assumia a postura ativa, poderia ser qualificado como “macho”. Os passivos eram mulheres, jovens e escravos, que estavam em um plano de inferioridade social.

A doutrina¹¹ costuma destacar, ainda na cultura grega, que “existiam manifestações homossexuais nas representações teatrais, nas quais os papéis femininos eram representados por homens transvestidos de mulheres ou usando máscaras com feições femininas”.

⁹ O termo correto seria *paiderastia* que significa amor por rapazes, relacionamento que se dava entre um homem mais velho o *erastes*, cuja a função era servir de modelo de coragem, sabedoria e virtude cívica para o *eromenos* ou *amado*, jovem cuja atração se baseava na beleza física, no fato de ter um futuro moral, intelectual e militar promissor (CROMPTON *apud* MOREIRA, *op. cit.*, p. 290).

¹⁰ REALE, *op.cit.*

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24-25.

2.3 ROMA

Já no Império Romano, que sofreu grande influência grega, as práticas homossexuais também existiram; contudo, os padrões não eram exatamente os mesmos. Entre os romanos, a pederastia também era encarada como um sentimento puro. No entanto, se a ordem fosse subvertida e um homem mais velho mantivesse relações sexuais com outro da mesma faixa etária, estava estabelecida sua desgraça – os adultos passivos eram encarados com desprezo por toda a sociedade, a ponto do sujeito ser impedido de exercer cargos públicos¹².

Convém esclarecer que, no início do Império Romano, o desejo sexual homossexual dos jovens era altamente aceitável, todavia tal aceitação sofreu mudanças ao longo da existência do citado Império. Assim, a relação entre um romano e um jovem livre não era bem aceita, mesmo sendo popular. E havia previsão de punição com pena de multa. Ao contrário da lascívia entre um romano e um escravo, que por ser este último visto como coisa, não sofria nenhum tipo de restrição, eis que inerente à submissão¹³.

Também existia uma repulsa, nesta sociedade, em relação ao homem romano que adotava a condição de passivo. Tal como ocorria na sociedade grega, a passividade era uma postura típica de mulheres, jovens e escravos.

A desaprovação, todavia, não era absoluta, uma vez que a demonstração de virilidade era requisito para um homem demonstrar sua força. Exemplo disso é Júlio César, que mantinha um caso com Nicomedes, rei de Bitínia, sendo que, nesta relação, o Imperador romano adotava a condição de passivo, o que para os romanos, era tido como ato ilícito. Contudo, Júlio César também era conhecido por sua reputação de grande conquistador de mulheres, dentre as quais seu caso mais famoso foi com Cleópatra, Rainha do Egito, o que lhe outorgava prestígio¹⁴.

Fácil concluir, portanto, que em ambas as sociedades da Antiguidade (Grécia e Roma) aqui destacadas predominava o bissexualismo, já que apesar de rotineira a prática homossexual, os homens permaneciam se unindo às mulheres para fins de reprodução e constituição de família.

¹² SPENCER, *op. cit.*, p. 19.

¹³ *Idem*, p. 72-73.

¹⁴ *Idem*, p. 73.

2.4 ÁSIA

Pode-se sublinhar ainda que boa parte do modo como os povos da Antiguidade encaravam o amor entre pessoas do mesmo sexo pode ser explicada – ou, ao menos, entendida – caso sejam levadas em conta suas crenças. Assim como na mitologia greco-romana, entre os deuses hindus e babilônios, a homossexualidade existia. Muitos deuses antigos não têm sexo definido. Alguns, como o popularíssimo hindu *Ganesh*, da fortuna, teriam até mesmo nascido de uma relação entre duas divindades femininas¹⁵.

As relações homossexuais na Índia, portanto, também foram vistas de maneira natural, uma vez que a crença nos deuses sempre prevaleceu. Nessa civilização, os deuses eram afetiva e sexualmente bissexuais. Alguns eram hermafroditas, outros travestidos e outros mudavam de sexo, o que acabou por influenciar a população no mesmo sentido¹⁶.

Para os indianos, o sexo não era visto somente para a procriação, mas também para alcançar o prazer e o poder. De tal forma que a relação entre pessoas do mesmo sexo longe de ser tabu, era algo natural. Nessa relação havia a busca do prazer associada também ao misticismo, visto que com o ápice do prazer, o orgasmo, era possível compreender os enigmas dos seus deuses¹⁷.

Por celebrarem o apogeu do prazer, os indianos descreviam pormenorizadamente posições sexuais em que se poderia alcançar mais prazer. Prova disso é o famoso “Kamasutra”, no qual são descritas inúmeras posições sexuais. Logo, na busca do prazer em sua forma mais plena não havia obstáculo nas práticas homossexuais ou bissexuais. Encaradas de forma natural e que tinham oposições pouco significativas na sociedade¹⁸.

Ainda no Oriente, na China, também se verifica que as relações homossexuais são apontadas como algo natural. A homossexualidade era influenciada na população por seus imperadores, já que cada um tinha inúmeros “favoritos” e havia grande disputa na corte entre os rapazes para se tornar um deles, pois caso fosse escolhido como “favorito” este era agraciado com riqueza e prestígio. Mesma prática que também ocorria no Japão, onde não existia visão pecaminosa das relações homossexuais no poder. Tudo sempre sem vinculação

¹⁵ SPENCER, . *op. cit.*, p. 19.

¹⁶ GREENBERG, David, 1990, p. 154-159 *apud* RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2001. p. 272

¹⁷ *Idem*, p. 155. *Idem*

¹⁸ *Idem*, p. 157. *Idem*

dos parceiros ao trono, bem como se mantendo incólume a presença feminina para procriação e sucessão da dinastia¹⁹.

2.5 A HOMOSSEXUALIDADE NAS CODIFICAÇÕES HISTÓRICAS

No que concerne às codificações, no final do Império Romano, a aceitação das relações homossexuais mudou completamente de sentido. Foi com o Imperador Justiano, em 533 A.C., que a homossexualidade passou a ser punida com fogueira e castração, sob o argumento de que a prática homossexual não era um ato aceito por Deus. Nessa etapa, fortaleceram-se a idéia de casamento e família como instituições fortes, sedimentadas social e legalmente.

As leis de Urukagina (2.375 A.C), a codificação de Ur-Nammu (2.100 A.C), bem como as leis de Eshunna (1.750 A.C) e leis Hititas (800 A.C) proibiam as práticas homossexuais²⁰.

Um dos mais antigos e importantes conjuntos de leis do mundo, elaborado pelo imperador Hammurabi, na antiga Mesopotâmia, em cerca de 1750 A.C., contém alguns privilégios que deveriam ser dados aos prostitutos e às prostitutas que participavam dos cultos religiosos. Eles eram sagrados e tinham relações com os homens devotos dentro dos templos da Mesopotâmia, Fenícia, Egito, Sicília e Índia, entre outros lugares, todos herdeiros do Código de Hammurabi²¹.

Como já dito anteriormente, não é nada difícil perceber que, na Antiguidade, o sexo não tinha como objetivo exclusivo a procriação. Isso começou a mudar, porém, com o advento do Cristianismo, momento a partir do qual passou-se a proibir social e legalmente as práticas homossexuais.

O Judaísmo já pregava que as relações sexuais tinham como único fim a máxima exigida por Deus: “Crescei e multiplicai-vos”. Até o início do século IV, essa ideia, porém, ficou restrita à comunidade judaica e aos poucos cristãos que existiam. Nessa época, o imperador romano, Constantino converteu-se à fé cristã – e, na sequência, o Cristianismo tornou-se obrigatório no maior império do mundo. Como o sexo passou a ser encarado apenas como forma de gerar filhos, a homossexualidade virou algo antinatural.

¹⁹ GREENBERG, David, p.158 *apud* RIOS, *op. cit.*, p.272

²⁰ *Idem*, p. 159. *Idem*

²¹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 290-292.

Data de 390, do reinado de Teodósio, o Grande, o primeiro registro de um castigo corporal aplicado em gays²².

A primeira fonte de condenação à homossexualidade apontada pela doutrina²³ é a Bíblia²⁴, cuja invocação de várias passagens é interpretada como condenatória à referida prática. Já o primeiro texto de lei proibindo sem reservas a homossexualidade foi promulgado mais tarde, em 533, pelo imperador cristão Justiniano. Ele vinculou todas as relações homossexuais ao adultério – para o qual se previa a pena de morte. Mais tarde, em 538 e 544, outras leis obrigavam os homossexuais a arrepender-se de seus pecados e fazer penitência²⁵.

O nascimento e a expansão do islamismo, a partir do século VII, junto com a força da fé cristã, reforçaram a teoria do sexo para procriação e sua proibição do homossexualismo em diversos escritos.

Assim, durante a Idade Média, os escritos exaltavam a virgindade, que era idealizada, bem como havia repúdio à atividade sexual, que ficava restrita ao matrimônio e à procriação. Ocorreu, ainda, a proliferação de manuais penitenciais para os confessores, contendo a expressa reprovação da homossexualidade, em significativa proporção e detalhamento, que variavam a penalização conforme a posição social do pecador, sua idade, situação religiosa, habitualidade e espécie da prática (masturbação mútua, coito intrafemural, felação, coito anal)²⁶.

Nos escritos de Santo Agostinho, são encontradas passagens que admitiam a virtude do sexo reprodutivo entre casais – desde que livre da luxúria – e que reprovavam fortemente a homossexualidade, reputando-a como ofensa à natureza²⁷.

A Igreja Católica, no século XII, tentou a todo custo punir as práticas homossexuais, como se vê nos Concílios de 1102, 1120 e, em especial, no Concílio de Latrão (1.179)²⁸, no qual foi previsto que os padres homossexuais perderiam sua condição clerical e seriam confinados em mosteiros vitaliciamente, já os leigos seriam excomungados. Os historiadores destacam que tais legislações tinham muito mais um caráter político do que religioso, visto que serviam de conveniente pretexto para perpetrar prisões contra pessoas indesejáveis.

²² MOREIRA, *op. cit.*, p. 290-292.

²³ RIOS, *op. cit.*, p. 34.

²⁴ No Antigo Testamento, são mencionados trechos dos livros do Levítico (Cap. 23, 18-19) e dos Reis (Livro I, Cap. 13, 23-24, Cap. 15, 12-13, Livro II, Cap. 23, 05-07) no Novo Testamento há passagens nas cartas de São Paulo (Romanos, Cap. 1, 09-10) – A respeito da exegese bíblica sobre o tema, há grande polêmica doutrinária, cujo detalhamento pode ser encontrado na obra de HELMINIAK, Daniel. **O que a Bíblia diz realmente sobre a homossexualidade**. Tradução Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Sumus, 1998.

²⁵ MOREIRA, *op. cit.*, p. 290-292.

²⁶ RIOS, *op. cit.*, p. 35.

²⁷ FREIRE, Jurandir da Costa. Sexo e Amor em Santo Agostinho *In: A Sexualidade nas Ciências Humanas*, (Org.) Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: UERJ, 1988, p. 133-135.

²⁸ *Idem*.

Durante muito tempo, até meados do século XIV, no entanto, embora a fé condenasse os prazeres da carne, na prática, os costumes permaneciam os mesmos. A Igreja viu-se, a partir daí, diante de uma série de crises. Os católicos assistiram horrorizados à conversão ao protestantismo de diversas pessoas após a Reforma de Lutero. E, com o Humanismo Renascentista, os valores clássicos – e, assim, o gosto dos antigos pela forma masculina – voltaram à tona. Pintores, escritores, dramaturgos e poetas celebravam o amor entre homens. Além disso, entre a nobreza, que costumava ditar moda, a homossexualidade sempre esteve presente. E, sem censura alguma, ficaram notórios os casos homossexuais de monarcas como o inglês Ricardo I, Coração de Leão (1157-1199) e Felipe II, da França. Contudo, inexistem qualquer registro histórico de ligação jurídica autorizativa de uniões homossexuais²⁹.

No curto intervalo entre os anos de 1347 e 1351, a ‘peste negra’ assolou a Europa e matou 25 milhões de pessoas. Como ninguém sabia a causa da doença, as especulações ultrapassavam os limites da saúde pública e alcançavam os costumes. Bem por isso, o ‘pecado’ em que viviam os homens passou a ser apontado como a causa da ‘peste negra’ e de diversas outras catástrofes, como fomes e guerras. Judeus, hereges e sodomitas tornaram-se a causa dos males da sociedade. Não havia outra solução a não ser a erradicação desses grupos. Medidas enérgicas foram tomadas. Em Florença, por exemplo, a sodomia foi proibida em 1432, com a criação dos *Ufficiali di Notte* (agentes da noite). Resultado disso foram registros públicos de setenta anos de perseguição aos homens que mantinham relações com outros. Entre 1432 e 1502, milhares foram incriminados e condenados por sodomia³⁰.

Leis duras foram estabelecidas em vários outros países europeus. Na Inglaterra, o século XIX começou com o enforcamento de vários cidadãos acusados de sodomia, o que resultou em grande número de pessoas mortas. Apenas em 1861, os ingleses aboliram a pena de morte para os atos de sodomia, substituindo-a por uma pena de dez anos de trabalhos forçados³¹.

Sobre a previsão legal da centralidade do matrimônio, enquanto eixo, em torno do qual se constituíram as regras sexuais do século XVIII, ensina Michel Foucault³² que:

Até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos – além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião – regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a

²⁹ SPENCER, *op. cit.*, p. 136.

³⁰ *Idem*, p. 139

³¹ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução Maria Thereza Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 38.

³² *Idem*, p. 37.

forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torná-lo estéril, os momentos em que era solicitado (períodos perigosos da gravidez e da amamentação, períodos da quaresma ou das abstinências, sua frequência ou raridade. Era sobretudo isso que estava saturado de prescrições. **O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrictões**; era sobretudo dela que se falava mais do que qualquer outra tinha que se ser confessada em detalhes. Estava sobre estreita vigilância: se estivesse em falta, isto tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunhas. O ‘resto’ permanecia muito mais confuso: atentamos para a incerteza do *status* ‘sodomia’ ou indiferença diante da sexualidade das crianças³³. (grifos adicionados)

Nesse contexto, fácil perceber que toda prática sexual não reprodutiva era qualificada negativamente pelas codificações civis da época e vista como pecado pelas normas religiosas, cuja consequência era a caracterização da transgressão no plano divino e afastamento da vida espiritual. Nesse sentido, a censura decorrente das práticas homossexuais, portanto, era de todo lógico, já que estas careciam de finalidade reprodutiva e havidas fora do espaço matrimonial. Roger Raupp³⁴ arremata: “São tidos como ofensa ao Criador e a natureza, decorrente da luxúria e da concupiscência”

Justificativa essa utilizada séculos depois em diversos julgados³⁵ que insistiam em negar o reconhecimento de tutelas aos casais homossexuais quando recorriam ao Poder Judiciário em busca da salvaguarda de seus direitos.

2.6 A HOMOSSEXUALIDADE E A CIÊNCIA

A ciência já quis explicar, definir e até curar a homossexualidade. Destaca-se a ruptura do padrão voluntarista, mediante o abandono do discurso da homossexualidade como ‘vício’ da alma para o corpo, com a consagração do discurso cientificista, como se verifica nos ensinamentos de Roger Raupp Rios³⁶.

³³ No mesmo sentido: FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 3**: o cuidado de si, Tradução. Maria Thereza Albuquerque. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 152-165.

³⁴ RIOS, *op. cit.*, p. 34.

³⁵ STJ – 4ª Turma – REsp. 502.995 – RN – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 16.05.2005 (argumentando que duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa ou de pai e mãe em face de eventuais filhos); STJ – 4ª Turma – REsp. 323.370 – RS – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 14.03.2005 (alegando que separação de uma união homossexual não pode ser julgada pelas varas de família porque esta união não constituiu uma entidade familiar, uma vez que a diversidade de sexos é um elemento central para a constituição da família e a procriação); TJPB – 2ª Câmara Cível – AC. 2000.2004.0187140-4/001 – Rel. Des. João Machado de Souza – J. 18.04.2006 (definindo a família como um grupo de cooperação social necessariamente vinculado à família e à procriação).

³⁶ RIOS, *op. cit.*, p. 35.

Assim, a preocupação científica com os gays também teve início no século XIX. A expressão “homossexual” foi criada em 1848, pelo psicólogo alemão Karoly Maria Benkert, cuja definição para o termo é: “Além do impulso sexual normal dos homens e das mulheres, a natureza, do seu modo soberano, dotou à nascença certos indivíduos masculinos e femininos do impulso homossexual. Esse impulso cria de antemão uma aversão direta ao sexo oposto³⁷”.

Em 1897, o inglês Havelock Ellis publicou o primeiro livro médico sobre homossexualismo em inglês, *Sexual Inversion*³⁸ (“Inversão Sexual”, inédito no Brasil). Como muitos da época, ele defendia a idéia de que a homossexualidade era congênita e hereditária.

A opinião científica, médica e psiquiátrica vigente na época era de que a homossexualidade era uma doença resultante de anormalidade genética associada a problemas mentais na família.

Nessa classificação dos indivíduos com base em atributos biológicos, não fincada na conduta e sim no organismo, destacou-se o trabalho de Karl Heinrick Ulrichs³⁹ que, partindo da descoberta de embriões humanos de órgãos masculinos e femininos, sustentou que o homossexual constituía “terceiro sexo”, resultante de um acidente na diferenciação fetal. Ulrichs também cunhou o termo “uraniano” para substituir as designações então correntes, de sodomita ou pederasta, tomando por base “O Banquete⁴⁰” de Platão⁴¹.

Nesse movimento, para se compreender a chamada “medicalização da homossexualidade” é preciso entender que o sexo tornou-se objeto de pesquisa, denominada como “Ciência do Sexo”, na qual o sexo era objeto de estudo, o que acarretou uma série de consequências, tais como enfoque no comportamento, mais facilmente observado, classificado e medido que sentimentos e desejos; negação da subjetividade e dos julgamentos morais; estabelecimento e o crescimento de um corpo de conhecimento especializado, fomentado por um novo grupo de especialistas – os chamados cientistas do sexo⁴².

Situada nas primeiras décadas do século XIX, em virtude das consequências da urbanização e industrialização, essa época é marcada pelo temor de epidemias e da necessidade de disciplinas às classes trabalhadoras. Tornaram-se imperativos a imposição de critérios de higiene e correção comportamental, cuja regulação (que ocorreu de modo negativo) via a sexualidade em uma perspectiva que enfatizava os danos físicos decorrentes

³⁷ RIOS, *op. cit.*, p. 38.

³⁸ ELLIS, Havelock *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 42.

³⁹ RIOS, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰ Historiadores apontam o diálogo platônico O Banquete, como a consagração da exaltação do deus do amor *Erus*, fazendo amplas considerações sobre a percepção social do homoerotismo dentro do mundo grego (REALE, *op. cit.*, p. 217-218).

⁴¹ RIOS, *op. cit.*, p. 35.

⁴² *Idem*, p. 40-41.

das práticas sexuais imorais. Nessa cosmovisão capitalista, então vigente, faltava objetividade científica, mas sobravam discursos médicos unificados dos males da sexualidade vinculados à saúde pública.

Assim, as pesquisas médicas passaram a se desinteressar pela valoração da moral das condutas e centram-se no sexo como objeto de estudo. Aquilo que outrora era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença, diagnosticado pela perversão sexual. Portanto, a primeira grande marca do discurso médico-científico acerca da sexualidade foi a chamada “Medicina das Perversões”, cujo destaque está na obra do médico forense Richard Von Krafft-Ebing⁴³. Ele elaborou um catálogo de perversões sexuais identificadas a partir da descrição e do exame detalhado de centenas de casos, cuja ênfase foi atribuída à homossexualidade, autoerotismo, masturbação, sexualidade feminina e infantil— além dos perigos dos excessos, relacionando-as a condutas aberrantes, doenças nervosas e desordens mentais.

Segundo David Greenberg⁴⁴, por meio de sua “Teoria da Degeneração”, a homossexualidade era uma perversão sexual explicada como derivada de uma degeneração na formação pré-natal do sujeito, pela qual, no conflito entre os elementos sexuais masculino e feminino, resultava uma inconsistência entre o sexo anatômico e o instinto sexual. Teoria essa que teve larga repercussão na criminologia.

Como resposta à Teoria da Degeneração, César Lombroso, baseado no Darwinismo, defendeu a inadequação funcional dos criminosos da sociedade em face da etiologia biológica produtora da criminalidade. Tal raciocínio foi aplicado aos homossexuais, que implicaram em políticas estatais de confinamento e castração compulsórias, evitando a procriação desses indivíduos. Esse tipo de política conflitava diretamente com os ideais da Criminologia Clássica de César Beccaria.⁴⁵ Nesse contexto de intervenção estatal, o Behaviorismo receitou como tratamento da homossexualidade, o condicionamento das preferências sexuais através de uso de estímulos adversos associados ao comportamento desviante, tais como uso de eletrochoques⁴⁶.

Outros cientistas que também colaboraram na referida “Ciência do sexo”: Haverlock Ellis, Iwan Bloch, Magnus Hirschfeld e, nessa lista, acrescenta-se talvez o nome de maior projeção, Sigmund Freud⁴⁷. Este último, médico especialista em neuroanatomia e neuropatologia, cuja interpretação predominante de suas obras aponta para um caráter

⁴³ KRAFFT-EBING, Richard *apud* RIOS, *op. cit.*, 2001, p. 42.

⁴⁴ GREENBERG, David, *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁵ BECCARIA, César *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁶ GREENBERG, David, *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 42-43.

⁴⁷ *Idem*, p. 44.

negativo da homossexualidade⁴⁸. Ainda, que destituída de reprovabilidade moral, o citado médico alemão revela que haveria uma interrupção no desenvolvimento sexual. Motivo pelo qual o homossexual seria um ser humano carente do almejado amadurecimento pessoal, afetivo e sexual.

Não obstante S. Freud incluir a homossexualidade dentre as aberrações sexuais como inversão sexual⁴⁹, há registros incontestes da postura freudiana de tolerância e até mesmo defesa dos homossexuais, como, por exemplo, em 1930, quando ele defendeu a ideia de que punir a homossexualidade era “extrema violência dos direitos humanos⁵⁰”. Inclusive, vale destacar a conhecida carta endereçada à mãe de um homossexual norte-americano, em 1935, onde o médico alemão afirmou⁵¹:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas nela não há nada de que se deva ter vergonha; não é um vício, nem um aviltamento e não se poderia qualificá-lo como uma doença; nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por uma certa interrupção do desenvolvimento sexual. **Perseguir a homossexualidade como um crime é uma grande injustiça e também uma grande crueldade [...]** (grifos adicionados).

As teorias biocientíficas, atreladas às ideias emergentes sobre pureza racial e eugenismo da década de 30, torna fácil entender porque a lobotomia foi indicada para os homossexuais, bem como ajudou a difundir posteriormente práticas de extermínio de homossexuais pelos nazismo⁵², que com a ascensão de Hitler ao poder, foi marcado pelo encarceramento, tortura e assassinato de inúmeros homossexuais nos campos de concentração.

Nesse sentido, convém discorrer acerca de um tratamento nada usual, que foi destinado tanto à homossexualidade quanto à ninfomania feminina: a lobotomia. Essa técnica foi desenvolvida pelo neurocirurgião português António Egas Moniz, que chegou a ganhar o prêmio Nobel de Medicina de 1949 por isso. A lobotomia consistia em uma técnica cirúrgica que cortava um pedaço do cérebro dos doentes psiquiátricos, mais precisamente nervos do córtex pré-frontal. Na Suécia, 3 mil gays foram lobotomizados. Na Dinamarca, 3500 – a última cirurgia foi realizada em 1981. Nos Estados Unidos, cidadãos portadores de “disfunções sexuais” lobotomizados chegaram às dezenas de milhares. O tratamento médico

⁴⁸ FREUD, Sigmund. Três Ensaio sobre a Teoria da Sexualidade. (2002 [1905]) *In*: **Edição Standard Brasileira das Obras Completas**, v. VII; Rio de Janeiro: Imago Editora, 2002, p. 128-140.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ GREENBERG, David, *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 44.

⁵¹ CANÓVAS *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 44.

⁵² Conforme historiadores, aproximadamente 50.000 pessoas foram condenadas à morte por homossexualidade, sendo lá identificados pelos triângulos rosas. (SPENCER, Colin, *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 51)

era empregado porque a homossexualidade passou a ser vista como uma doença, uma espécie de defeito genético, cujo tratamento supostamente estava nesse tipo de método⁵³.

Diante desse quadro é fácil constatar que o discurso médico foi historicamente utilizado para introduzir no debate jurídico uma série de ideias negativas sobre a homossexualidade, que, muitas vezes, concluiu pela constitucionalidade da criminalização de atos homossexuais⁵⁴ mediante a associação entre identidade homossexual e desordem individual⁵⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente nos Estados Unidos⁵⁶ e na Europa são alavancados movimentos de oposição à discriminação por orientação sexual que vão se solidificando em protestos, desfiles, publicações, enfim, o ativismo social toma corpo.

Ademais, no final do século XIX, inúmeros fatores simultaneamente gestados pelas transformações sociais, tornaram o ambiente propício a reformas, tais como impacto dos movimentos feministas, crise do modelo familiar, protestos reivindicatórios em busca de liberdades, aparecimento de comunidade homossexuais, movimento de liberação sexual. Fatores estes que foram determinantes para revisão dos conceitos médicos e científicos.

A situação então começou a mudar e, no fim do século passado, a discussão passou a se libertar de estigmas. O exame das principais obras médicas paulatinamente começou a modificar as ideias de que a homossexualidade seria uma enfermidade física ou psíquica. Assim, foi que em abril de 1974, a Associação Americana de Psiquiatria finalmente tirou a homossexualidade de sua lista oficial de doenças mentais. E, em 1988, a Organização Mundial de Saúde também a excluiu do catálogo oficial de doenças.

“Em toda a história e em todo o mundo a homossexualidade tem sido um componente da vida humana⁵⁷”. Nesse sentido, não pode ser considerada antinatural ou anormal. Não há dúvida de que a homossexualidade é e sempre foi menos comum do que a heterossexualidade. No entanto, a homossexualidade é claramente uma característica muito real da espécie humana.

Diante do que fora brevemente narrado nas linhas anteriores, fácil perceber que a homossexualidade experimentou, ao longo da história da humanidade, diversos altos e baixos. De comportamento absolutamente natural, passou a ser “pecado” e até mesmo a ser encarado como crime punível com castração, castigos físicos e até a pena de morte. Chegando, em certo

⁵³ RIOS, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴ Revelam essa assertiva análise de julgamentos históricos como L. Flynn na decisão *Norris v. Attorney General* (1984) *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁵ GREENBERG, David, *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶ HOROWITZ *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁷ SPENCER, *op. cit.*, p. 143.

período da história, a ser enfrentado como “doença”, inclusive com tratamentos específicos indicados. Superada a classificação como enfermidade, a homossexualidade passou a ser encarada como característica natural decorrente do desejo sexual do indivíduo; traço de sua personalidade, incapaz de justificar desigualdades no trato social.

Tal situação passou a demandar proteção jurídica quanto à orientação sexual, por tratar-se de um direito fundamental. Surge então a formação de uma consciência jurídica, especialmente impactada pelo desafio de buscar a efetivação material da isonomia formal. Assim, a utilização de conceitos tradicionais e a criação de novos paradigmas na Teoria Jurídica clamaram pela superação da fixidez binária da sexualidade e abertura para as considerações jurídicas que a diversidade sexual demandam. Estágio esse em que se encontra atualmente a sociedade e que passa a ser estudado neste trabalho em suas idiossincrasias.

3 DEFINIÇÕES

3.1 SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

Antes de se adentrar no tema central deste trabalho, imperioso se faz esclarecer algumas distinções terminológicas correlatas às discussões aqui propostas. Na verdade, para entender melhor a estrutura da sexualidade humana, é preciso compreender alguns conceitos e definições que irão facilitar a abrangência desse universo; sem pretender, contudo, esgotar o tema, muito menos discorrer sobre suas vicissitudes sob o ponto de vista médico e psicológico.

Assim, sexo biológico refere-se às características específicas e biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios⁵⁸. O sexo determina que as fêmeas têm vagina/vulva e os machos têm pênis; apenas isso. A identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos externos que o indivíduo possui e, conseqüentemente, registrando-o como pertencente a um ou outro sexo, exclusivamente, pelas características anatômicas.

Importante salientar que o sexo não determina por si só, a identidade de gênero, e muito menos, a orientação sexual de uma pessoa. Nesse sentido, Antônio Chaves⁵⁹ esclarece que não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. Daí porque eventualmente poderá haver incoerência entre o sexo biológico aparente e o sexo psicológico (transexualidade), o que acarretará conflito individual e conseqüente repercussão médica e psicológica capaz de ensejar a readequação sexual da pessoa através de procedimento cirúrgico especializado para buscar equiparação da aparência ao gênero.

Fácil perceber, portanto, que o gênero⁶⁰, por sua vez, não é um conceito biológico. É um conceito mais subjetivo, é pessoal, significa sua aceitação por parte do indivíduo. Destarte, toda pessoa carrega uma definição a qual sexo pertence, conforme se identifica. Pode-se dizer que é uma questão cultural e social.

⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 17.

⁵⁹ CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

⁶⁰ FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas?** Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 34.

O gênero é um empreendimento realizado pela sociedade para transformar o ser nascido com vagina ou pênis em mulher ou homem. Nesse sentido, gênero é uma construção social, é preciso um investimento, a influência direta da família, cultura e da sociedade para transformar um bebê em 'mulher' ou 'homem'. Essa construção é realizada, reforçada, e também fiscalizada ao longo do tempo, da vida de uma pessoa, principalmente, pelas instituições sociais, da qual ela faz parte: a igreja, a família e a escola⁶¹.

Independente do sexo, um ser humano pode ter a identidade de gênero de mulher, de homem ou ainda outras identidades de gênero possíveis, lembrando que a identidade de gênero é uma construção social, e não um signo físico ou biológico.

O gênero tem um papel referente à maneira como a pessoa expressa aquele sentimento, como se comporta socialmente e também como a sociedade rotula o que é feminino ou masculino. Os valores sociais, morais, as regras de conduta de uma sociedade variam de acordo com o tempo, o espaço, a cultura, os interesses, o nível de conhecimento e a liberdade de questionamento dessa sociedade.

Já a orientação sexual, refere-se como o ser humano direciona o seu desejo e seu afeto para outra pessoa humana. Há uma estrutura básica para compreender os tipos de sexualidades humanas: Heterossexualidade (sexo com pessoa do sexo oposto), Homossexualidade (sexo com pessoa do mesmo sexo) e Bissexualidade (sexo entre todos os sexos, podendo preferir um mais que o outro). Essa não é uma estrutura rígida, cada ser humano pode ter uma experiência diferente de gênero.

Logo, é possível entender que a heterossexualidade, enquanto uma regra social, também é produto de um processo pedagógico, que se inicia no nascimento e continua ao longo de toda a vida. Vale dizer, nessa sociedade, se nascer fêmea, será ensinada a cumprir o papel de gênero "mulher", e a ter uma orientação sexual "heterossexual".

Neste sentido, sexo, identidade de gênero e orientação sexual são valores ou conceitos fechados, pré-construídos e compartilhados pelas instituições sociais. De tal forma que, se uma pessoa ousar questionar seu próprio sexo, ou tiver outra identidade de gênero além daquela preestabelecida, ou ainda que se expresse sexualmente fora do padrão heterossexual, essa pessoa estará, no mínimo, pondo em questão, ou problematizando o sistema dominante⁶².

⁶¹ FACCHINI, *op. cit.*, p. 37.

⁶² Tanto assim que, por exemplo, um homem heterossexual, por ser considerado "afeminado", poderá sofrer discriminação por motivo de sexo (aqui englobando, logicamente, o gênero, isto é, repita-se, as representações culturais associadas ao sexo biológico).

Sexo, identidade de gênero e seu papel e orientação sexual são âmbitos distintos de expressão ou vivência social de um indivíduo. E são várias as possibilidades de entendimento e expressão dentro de cada âmbito. Assim como o sexo não define necessariamente a identidade de gênero, a identidade de gênero não define a orientação sexual de uma pessoa.

A identidade de gênero corresponde muito mais que o genótipo feminino ou masculino. Assim como também tem abrangência superior à identificação fenotípica de homem ou mulher. Estabelecer uma identidade seja individual, social ou institucional é sempre um processo longo, único e, muitas vezes, pessoalmente doloroso, pois envolve uma série de fatores não necessariamente atrelados ao órgão sexual, mas que envolvem a sexualidade e o desejo.

João Batista Pedrosa⁶³ enfatiza que a homossexualidade é uma forma natural de orientação sexual, uma variante da heterossexualidade presente em todas as sociedades humanas.

Reconhecer todas essas possibilidades e ainda outras que podem surgir, é perceber a diversidade sexual. Independentemente de gênero e orientação, é inquestionável a necessidade de respeitar a diversidade e os seres humanos que a compõe, contribuindo, desse modo, com uma sociedade justa, diversa, igualitária, livre e plural, assim como previsto no próprio texto constitucional.

Acrescente-se ainda que a ausência dos conceitos jurídicos operativos de sexo, orientação sexual e gênero tornam difícilimas as barreiras para a compreensão e aplicação de normas jurídicas que pretendem regular uma esfera da vida humana tão rica e delicada, como a sexualidade. A lacuna indicada traz o risco de diminuir, com efeitos deletérios para os direitos sexuais, a compreensão do conceito de “sexo” comprometendo a proteção jurídica que os tratados internacionais de Direitos Humanos e a Constituição preveem.

Vale registrar que, na seara médica, em 09 de fevereiro de 1985, o Conselho Federal de Medicina transferiu o diagnóstico de Homossexualidade (Código 302.0) da categoria de Desvios e Transtornos Sexuais para a de Outras Circunstâncias Psicossociais, todos da Classificação Internacional de Doenças (CID). Nisso, o Brasil antecedeu em cinco anos a matéria, pois a aprovação da retirada do código 302.0 da Classificação Internacional de Doenças ocorreu em 17 de maio de 1990 pela 43ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS). A nova classificação da OMS, a CID 10, entrou em vigor entre os países-membros das Nações Unidas em 1993, pondo um fim à patologização da homossexualidade.

⁶³ PEDROSA, João Batista. **Homossexualidade é uma doença e existe cura para os homossexuais?** Disponível em: < <http://www.acapa.com.br/site/noticia.asp?codigo=7208>>. Acesso em: 27 jul. 2010, p. 55.

Impedindo inclusive a possibilidade de tratamento ambulatorial psiquiátrico, como já ocorrera em um passado não tão longínquo, como visto no capítulo anterior deste trabalho.

3.2A IDENTIFICAÇÃO DE CADA UM NAS SIGLAS

Engendradas no assunto, é preciso compreender as siglas atinentes à temática da diversidade voltada para a sexualidade mais ainda. As palavras ou siglas carregam toda uma ideologia. Assim, a determinação do indivíduo em relação à denominação da orientação sexual evoluiu do GLS ao LGBTT, apontando em suas letras aspectos mínimos da luta de afirmação dos homossexuais como parte integrante de uma sociedade e não como grupo étnico emergente.

A sigla GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes) tornou-se inadequada visto que a denominação “simpatizante” não constitui uma identidade sexual. Além disso, a sigla não incluía bissexuais, travestis e transexuais, parcela essa que clamava por representatividade na militância dos movimentos sociais. A partir de então, vislumbrou-se o termo GLBT – Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros (travestis e transexuais) que logo foi modificado para GLBTT – Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, como uma maneira de diferenciar a travesti (pessoa que transforma o próprio corpo para aproximar-se da imagem feminina – daí porque ser designada com o artigo “a” – mas mantém o órgão sexual masculino) do transexual (que, além de modificar seu corpo, faz a cirurgia de readequação sexual – mudança de sexo).

Em seguida, o “L” passou a vir na frente da sigla, que passou a ser LGBTT – não configurando uma simples troca de posição da letra, mas uma forma de dar mais visibilidade às lésbicas, que se sentiam dentro do próprio movimento amainadas ou enfraquecidas pela posição secundária na citada sigla.

Alguns homossexuais, no entanto, rechaçam tais nomenclaturas uma vez que a sua utilização seria uma maneira de rotular as pessoas. Outros, embora não se visualizem como uma letra ou um gênero de uma espécie admitem que, politicamente esses termos são importantes para reivindicar direitos em uma sociedade que tem preconceitos contra pessoas que não se encaixam no padrão heterossexual.

Fácil concluir, portanto, que as siglas representam palavras, as quais além de identificar grupos ligados ao movimento também trazem toda uma ideologia adjacente àquele

segmento. Até o termo homossexualismo foi suprimido, pois o sufixo “ismo” denotava “doença”, como visto anteriormente, e substituído pela expressão homossexualidade.

Em apertada análise, verifica-se que a quantidade de letras nas siglas mostra não só a diversidade da sexualidade como também a multiplicidade de reivindicações específicas dos movimentos sociais de militância LGBTT, deixando claro que fazer parte dessa sigla representa mais do que um acréscimo de letra, significa uma conquista e uma ponta de visibilidade social.

3.3 A HOMOAFETIVIDADE: SURGIMENTO DO TERMO

Em boa hora foi cunhado em termo “homoafetividade”, surgido em um julgado⁶⁴ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, progressista na temática, cuja relatoria foi da então Desembargadora, Maria Berenice Dias, e, hoje, advogada militante na área. No arresto, a jurista gaúcha preleciona que a expressão ‘homossexualidade’, restringia a relação de duas pessoas do mesmo gênero apenas ao aspecto sexual, o que, no seu sentir, não configura uma verdade. Muito pelo contrário, no tocante ao relacionamento, a professora Maria Berenice Dias destaca que há afeto e comprometimento mútuo, assim como em uma relação de pessoas de sexos opostos. Dessa forma, o pretório inova apresentando à comunidade jurídica a expressão ‘homoafetividade’, cuja nomenclatura é mais abrangente e reflete uma melhor compreensão das uniões de pessoas do mesmo sexo. Em arremate, acrescenta ainda que tal termo remete à noção de que, antes de serem sociedades de fato, como defendem alguns, as uniões homossexuais são também sociedades de amor e afeto, este alçado ao *status* de valor jurídico pela nova ordem constitucional de 1988.

A expressão, então, passou a ser cada vez mais difundida doutrinariamente, assim como na jurisprudência, que faz questão de enaltecer que o afeto e a constituição de uma sociedade conjugal de pessoas do mesmo sexo indubitavelmente vai além da questão sexual. E disso não discorda o Supremo Tribunal Federal que, no julgamento paradigma da ADF 132 e ADIN 4277⁶⁵, o relator, Ministro Carlos Ayres de Brito, assim como diversos outros ministros preferiram a utilização da expressão, ao reconhecer que a união homossexual pode

⁶⁴ TJRS - 8ª Câmara Cível – APC 598362655 – Rel. Des. Maria Berenice Dias – J. em 01.03.2000. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 fev. 2010.

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198, DIVULG. 13/10/2011, PUBLIC. 14/10/2011, EMENT VOL-02607 - 01 PP-00001.

ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações heterossexuais estáveis. Assim, desde que preenchidos determinados requisitos legais – consubstanciados na convivência factual pública (notória, ostensiva), contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum –, casais de pessoas do mesmo sexo formam uniões estáveis: são famílias (dignas e merecedoras do mesmo respeito que as heterossexuais) e estão aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício dos deveres decorrentes do mesmo sentimento que une as pessoas, independente de orientação sexual.

Portanto, não faz sentido cingir uma entidade familiar, apenas ao critério da dualidade sexual. Logo, a sensibilidade ímpar da professora Maria Berenice Dias, ao cunhar a expressão, destacou no termo o que há de mais importante em uma relação familiar: os laços de afetividade.

Em arremate, não há como deixar de reconhecer que a expressão “homoafetividade” acabou por ser incorporada ao vocabulário jurídico. Passou-se a falar em filiação homoafetiva, casamento/união homoafetiva, dependente homoafetivo. Enfim, hoje, já é preconizado o surgimento de um novo ramo do Direito: Direito Homoafetivo, o que enseja o surgimento de escritórios especializados nessa área.

4A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A NORMA COMO VALOR: A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

(ROBERT ALEXY)

Goteja lá do fundo dos mais profundos sentimentos humanos, em inversão à lei da gravidade, a idéia que compõe o conceito de direito fundamental e, talvez por isso, seja tão difícil a sua significação.

Não obstante isso, os doutrinadores tendem de balança em punho, a buscar uma definição que pode ser considerada imprecisa, teórica e mortal dos direitos fundamentais, assim como seus construtores que viram pó e retornam para onde vieram. Frente à impossibilidade humana de converter aquilo que se convencionou chamar de Direito Natural em Direito Positivo, não há razão para acreditar em uma compreensão estática de Direito Fundamental. O Direito tem DNA como ensina Lênio Streck⁶⁶.

É certo, teoricamente, que esses ditos direitos são a égide que sustenta todas as sociedades, mas basta escavar um pouco em busca dos seus fundamentos, embaixo dessa rija estrutura, e tudo aquilo que a priori era fabuloso, verossímil e visível, desmorona.

Ao homem é impossível criar essa natureza de direito que é gênero do qual os direitos fundamentais, são espécies paridas, de origens infieis e sem definição satisfativa, segundo parte da doutrina. E é pela proximidade dos direitos fundamentais com o continente evolutivo social, que são infrutíferas as tentativas de conceituá-los. Por isso, grandes nomes da literatura jurídica já tentaram e muitos falharam. Um dos que mais próximo que chegou a conseguir o impossível foi Robert Alexy.

A contemporaneidade entre os direitos fundamentais e os modelos de Estado, ao longo do processo histórico-constitucional, permite focar na evolução de sua finalidade social que é o ponto de principal destaque para o entendimento da efetividade dos direitos sociais no Constitucionalismo atual.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a terminologia politicamente correta é “direitos humanos fundamentais”, título inclusive de sua obra pioneira *Direitos Humanos Fundamentais*⁶⁷. Ingo Sarlet, no entanto, faz uma precisa distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” esclarecendo que o termo “direitos fundamentais” se aplica para

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Forense, 2004, p. 19.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “Direitos Humanos” “guardaria relação com os documentos de Direito Internacional⁶⁸”.

Para Ingo Sarlet⁶⁹, o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” busca ressaltar a conexão íntima entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas atenta para o fato de não existir uma identidade necessária (elenco de direitos humanos e fundamentais reconhecidos) entre o Direito Constitucional dos diversos Estados e o internacional, nem entre as Constituições.

Nessa seara, merece destaque e prestígio Robert Alexy⁷⁰, para quem os direitos fundamentais são a codificação dos direitos do homem por uma Constituição. Nesta dissertação, utiliza-se o termo “direitos fundamentais” em razão de a abordagem estar centrada nos direitos sociais reconhecidos pela Constituição da República de 1988.

Robert Alexy registra que a polêmica sobre os direitos a prestações (direitos fundamentais sociais) é marcada por uma “profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais – bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade⁷¹”.

Partindo-se dessa mudança de paradigma estatal perante o indivíduo e a sociedade, com o aperfeiçoamento contínuo da cidadania diante das sucessivas exigências sociais e suas contingências, é que se torna possível a compreensão final da concretização responsável dos direitos sociais, como inerente à atualização do compromisso constitucional, por meio da ponderação.

Essa abordagem conceitual prévia evidencia-se necessária na medida em que o entendimento sobre o Estado social, o Estado Constitucional Democrático, o Poder Constituinte, a concepção material da Constituição e a cidadania participativa e reivindicatória, serão correlatos ao tema central deste trabalho como pressupostos para sua perfeita e precisa compreensão.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988 proíbe qualquer tipo de discriminação contra o ser humano em seu artigo 3º, IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo,

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

⁶⁹ *Idem*, p. 33.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. (Org.) Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

⁷¹ *Idem*. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 441.

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Na sequência, em seu artigo 5º, *caput*, a Constituição Federal estabelece que: “Artigo 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”.

Ainda no mesmo artigo, só que no seu inciso X estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Fácil perceber, portanto, que, nesse âmbito, também restariam albergadas a liberdade sexual e a proibição da discriminação por orientação sexual, uma vez que isso é parte determinante da formação do indivíduo, “além do que é atributo inerente à personalidade humana⁷²”. Desse modo, é direito fundamental resguardado pelo texto magno e qualquer ato tendente a violar qualquer dos direitos e/ou garantias dele decorrente ensejaria o manejo de ação pertinente tendente a assegurar a efetividade dos comandos constitucionais citados.

4.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A Constituição de um país é o grande instrumento de catalisação de mudanças, especialmente quando essas são sociais e políticas. Desse modo, com a evolução, passando de um Estado Liberal para o Estado Social, passou-se de uma absoluta liberalidade individual para uma liberdade formal, na qual o Estado viu-se obrigado a não mais garantir apenas o conteúdo mínimo e, sim, assumir o objetivo de alcançar os anseios da sociedade, o bem comum.

No Estado Social, o perfil jurídico estatal não garante apenas os direitos individuais e políticos, como também atinge os direitos sociais e econômicos. Exigindo um intervencionismo do Estado nas relações de educação, emprego, moradia e saúde, que passam a ser tão básicas quanto as liberdades individuais.

As garantias constitucionais, portanto, aumentam e mudam de patamar, não se limitando mais a direitos negativos, mas a direitos positivos. Vale dizer que a intervenção do

⁷² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. *Jus Podivm*. Salvador, jan. 2005, Artigos, p. 2. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD377F163-50E3-4E6B-B210-4CD39AD3E25B%7D_015.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2012

Estado na sociedade proporciona maior liberdade através da efetivação da igualdade inclusive no que concerne à livre determinação sexual⁷³.

Nesse contexto do novo Estado social, as constituições avocaram para si a tarefa de regular as instituições fundamentais do direito que tradicionalmente pertenciam ao direito privado, tais como propriedade, família e contratos. Gerando, nesse sentido, a chamada Constitucionalização do Direito Civil. Sobre o assunto, convém trazer a colação dos ensinamentos de Gustavo Tepedino⁷⁴:

Essa mudança interventiva do Estado com alteração do conteúdo das Constituições, refletiu também na separação do direito público e privado. Verificou-se que o sistema jurídico desenvolvido pelo Direito Civil clássico, não respondia mais aos anseios sociais nem às necessidades do homem. Deste modo, deixou o Direito Civil de ser o ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a ocupar o seu lugar na Constituição, que passou a ditar princípios e regras que constituem e regula as relações sócias.

Segundo o autor, o Código Civil perderia ali definitivamente o seu papel de constituição do direito privado. Os textos Constitucionais dos Estados, paulatinamente, começam a definir princípios outrora reservados apenas ao Código Civil e antes adstrito ao império da vontade privada. “Matérias típicas do Direito Privado passam a integrar a nova ordem jurídica constitucional”⁷⁵.

Transita-se, nesse sentido, para uma segunda geração de direitos fundamentais que correspondem a uma prestação positiva por parte do Estado, a fim de garantir igualdade de condições para os membros da sociedade. A partir desse momento, surge, então, a Teoria Material da Construção, na qual, a Carta Magna não pode mais ser vista como mero instrumento jurídico formal, destacando-se a importância política do seu conteúdo⁷⁶.

⁷³ STJ - 3ª Turma – REsp. 238.715 – RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 0210.2006 (alegando que a garantia de acesso a direitos sociais tem como objetivo principal a proteção da dignidade humana e da cidadania dos casais homossexuais); TRF – 2ª Região – 4ª Turma – AC 2002.51.01.500478-3 – Rel. Des. Fernando Marques – j. 02.06.2004 (acórdão cujo fundamento recorre ao princípio da igualdade material inscrito no texto constitucional para declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo que negou acesso a direitos sociais a um companheiro homossexual).

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 04-05.

⁷⁵ *Idem*, p. 7.

⁷⁶ A primeira grande crítica à concepção formal de Constituição veio de Ferdinand Lassale, em sua obra *O que é Constituição*. (1998). Mesmo que não se possa afirmar que Lassale foi o precursor da Teoria Material da Constituição, não há como negar a importância de suas ideias para a formação da referida teoria. Assim, segundo Lassale, a lei fundamental de país deve manar uma força ativa que corresponde à soma dos fatores reais do poder de uma nação. Esses fatores são conjunto de forças econômicas, políticas, ideológicas que conformam a realidade de um determinado estado. Caso contrário, a Constituição não passa de uma folha de papel. Assim para garantir a sua correspondência a esses fatores reais, a Constituição deve preocupar-se com problemas que não são de direito, mas sim, de poder. “[...] a verdadeira constituição de um país tem por base fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social” (LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 67).

O formalismo exagerado cede lugar a uma busca pela correspondência entre a matéria e o conteúdo das Constituições. Desse modo, a legitimidade constitucional não estaria tão-somente ligada à forma na qual foi elaborada, mas especialmente à correspondência entre o seu conteúdo e os anseios do povo que a originou. A consciência da sociedade torna-se instrumento essencial para “fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animam, a realidade social íntima, verdadeira, substancial que ela exprima. Enfim, aquele conjunto de valores, ideias e fatores sempre inafastáveis”⁷⁷.

Todavia, há perigo de se buscar de maneira exacerbada a correspondência entre a Constituição e a realidade social, que consiste exatamente no enfraquecimento da primeira enquanto norma jurídica determinante de conduta humana, sujeitando-a a qualquer tipo de mudança social. Inclusive, pondo em cheque as garantias dos seus preceitos fundamentais.

Assim, a busca pelo equilíbrio da Constituição, como instrumento normativo superior, está umbilicalmente ligada à realidade que o circunda. Estando aí inserido o pilar para o segundo momento dentro da Teoria Material, qual seja: a Nova Hermenêutica⁷⁸.

O ponto crucial para verificação da força normativa da Constituição é a análise da relação entre ela e os fatores reais de poder. Portanto, mormente se reconheça a possibilidade de influência dos fatores reais sobre a Constituição, deve haver uma força ativa na Constituição capaz de orientar condutas de acordo com a ordem nela estabelecida. O texto Constitucional, desse modo, deve estar concatenado com a realidade social, mas também precisa ser estável, a ponto de não ser livremente alterado ao sabor de qualquer modificação social. Possibilitando, com isso, sua força ativa reguladora⁷⁹.

Dessa forma, para que a Constituição se desenvolva de forma otimizada, são necessárias imposições de pressupostos referentes ao regular desenvolvimento de sua força normativa para que possa se adaptar a eventuais mudanças. Suas normas devem ser representadas por princípios fundamentais, cujo conteúdo, especificamente, demonstrem condições de desenvolvimento de cada um, em virtude de uma futura necessidade de eventual

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82.

⁷⁸ São indicados como autores da Nova Hermenêutica: Konrad Hesse, Friedrich Muller e Peter Haberle os quais, de maneira geral, defendem que a interpretação constitucional é um processo aberto e dinâmico, no qual, participam não somente os intérpretes tradicionais, normalmente juízes, mas também toda a sociedade, uma vez que, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la. Isso porque a interpretação constitucional diz respeito a todos. É uma realidade. Assim, o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.

⁷⁹ Nesse sentido: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabrício, 1991. 34 p.

interpretação. Surge, então, a opção de mutação constitucional através de um processo interpretativo, no qual prevalece à “vontade constitucional”⁸⁰.

Paulo Bonavides⁸¹ destaca que interpretar a Constituição é muito mais do que lhe fazer claro o sentido: é, sobretudo, atualizá-la. De igual forma, Ana Cândida Ferraz⁸² saliente que a “mutação constitucional é todo e qualquer processo que sem modificar a letra constitucional, altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da constituição”. E destaca:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional, visando à integração e efetiva aplicação da norma em momento diverso daquele em que ela foi estabelecida;
- c) quando se modifica interpretação constitucional anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d) quando a adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto Constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa lacunas do texto constitucional.

A abertura da Constituição para interpretação possibilita a resolução de múltiplas situações críticas que impõem sua atualização, evitando constante revisão. Todavia, permitindo uma abertura capaz de adequá-la às mudanças vivenciadas socialmente. Sem, contudo, perder o conteúdo mínimo essencial da letra constitucional.

Ora, a abertura ao fator interpretativo é necessária para que o Texto Magno não perca sua força normativa e seja capaz de vivenciar as mudanças comportamentais sociais. Essa abertura favorece que a praxis Constitucional partilhe a adaptação permissiva de inclusão de novas condutas humanas e, conseqüentemente, atualize seu texto, inclusive, sob o prisma de tornar eficazes os direitos sociais.

⁸⁰ MEDEIROS, Osmar Fernando de. Concretização hermenêutica da constituição: na busca de uma tópica viável. In: DOBROWOLSKI, Silvio. (Org.) **A Constituição num mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 82.

⁸¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 82.

⁸² FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 5. out./dez. 1993, p. 20-21.

4.3 O DEVER DO ESTADO DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Importante pontuar que os direitos sociais foram descritos e positivados internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, corroborando, com isso, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, em que o Estado não defende e nem assegura apenas o direito de poucos. A sua representatividade se dá pela maioria, é a vontade do povo que se faz soberana. Foi, então, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto do século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese⁸³”.

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais é de importância essencial na sua consolidação, pois a aplicação das características peculiares aos direitos fundamentais proporciona um aumento efetivo de seu grau de exigibilidade. Deve-se deixar de lado o posicionamento doutrinário que aplica a nomenclatura “direitos sociais fundamentais”, ou seja, restando a fundamentalidade a uma parte dos referidos direitos, sendo o correto considerar a utilização da seguinte nomenclatura: “direitos fundamentais sociais”, já que esses direitos são, reconhecidamente, espécies de direitos fundamentais. Isso posto, como todo direito fundamental, os direitos sociais na sua concretização devem ter como parâmetro os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deve ser maximizado o mínimo existencial como forma de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao cidadão a prestação essencial para a exaltação da justiça social, buscando diminuir a desigualdade entre os indivíduos. E em relação à reserva do possível, não poderá o Estado, sob a alegação de insuficiência de verba, eximir-se sempre da realização das suas atividades, em especial, da efetivação dos direitos sociais, inclusive, os de natureza prestacional. Caberá ao Poder Público provar que inexistente orçamento para o cumprimento do seu dever.

Os direitos sociais, como normas que buscam a afirmação da igualdade material, representam uma garantia do equilíbrio social com o respeito à prestação de condições materiais necessárias para o perfeito cumprimento e concretização da dignidade da pessoa humana. Privar o cidadão de seus direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição é retirar-lhes a dignidade, excluindo assim, por conseguinte, sua condição de ser humano⁸⁴.

Pode-se perceber que o conteúdo das normas definidoras de direitos sociais privilegia a igualdade material ao considerá-la condição essencial para o exercício pleno de outros

⁸³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 574.

⁸⁴ *Idem*, p. 564

direitos. Paulo Bonavides⁸⁵ reforça essa ideia afirmando que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, já que fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Como todo direito fundamental, os direitos sociais possuem um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material), tendo-a como núcleo básico. São indubitavelmente meios para a proteção e a efetivação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esses direitos possuem o objetivo de impor diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Pode-se considerá-los como pressupostos dos direitos fundamentais, pois eles andam estreitamente associados a um conjunto de condições materiais necessárias para o perfeito exercício de outros direitos. Os direitos sociais, de tal modo, constituem condições imprescindíveis para o efetivo exercício de qualquer outro direito fundamental. Essas normas jurídicas estabelecem pressupostos necessários para a integralidade do exercício de outros direitos, mostrando-se como normas basilares ao Estado Democrático de Direito.

A igualdade meramente formal, de caráter puramente negativo, tem o condão de gerar diversos tipos de desigualdades, pois ela não sopesa, nem diferencia situações diferentes que precisam ser equilibradas, ou seja, não leva em consideração as distinções existentes entre os seus destinatários. Já igualdade material deve ser compreendida como aquela que prioriza o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos na prática. E, quando preciso, fundamentadamente, realiza as diferenciações necessárias para contrabalancear situações desequilibradas no caso concreto.

As normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais sociais implicam uma verdadeira imposição constitucional, legitimando-se as transformações sociais e econômicas com finalidade de efetivação desses direitos. A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais significa mais do que uma mera característica programática e dispensável, pois sua finalidade está em justamente limitar e ordenar a atuação dos poderes públicos para que tenha como objetivo o respeito e a concretização dos direitos fundamentais.

A atual concepção de uma Constituição aberta acarreta a necessidade de sistematização de normas que formam o corpo da Lei Maior, já que o sistema jurídico do Estado de Direito democrático é aberto e composto por regras e princípios, no dizer de Canotilho⁸⁶. E ele justifica: trata-se de um sistema jurídico, pois é formado por normas;

⁸⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 1094.

aberto, pois tais normas constitucionais são capazes de adaptar-se às mudanças da realidade, em especial, aos conceitos de verdade e justiça; normativo, visto que a estruturação se baseia em espécies normativas.

Todavia, não é suficiente a existência de normas encartadas em um documento. As regras contêm um valor, que é superior e, por isso mesmo, merecem vivificação e desenvolvimento por parte do Estado. É necessária a compreensão de que o sistema jurídico Constitucional depende de efetividade e aplicabilidade, cuja participação estatal é absolutamente imprescindível para sua concretização.

Assim, os princípios constitucionais que exortam valores fundamentadores da ordem jurídica, tais como liberdade, isonomia, democracia e dignidade estabelecem garantias impositivas, das quais o Estado não pode se furtar a cumprir.

As normas constitucionais precisam ser materializadas, ainda quando programáticas, sob pena de perder seu sentido. A atuação estatal, nesse jaez, é impositiva e determina tarefas e diretivas materiais, em sentido amplo. E, em sentido estrito, assumem caráter de imposições constitucionais de forma permanente e concreta, podendo ser imposições legiferante e ordens de legislar, conforme precisa lição de Canotilho⁸⁷.

Nesse ensejo, as regras de direitos fundamentais são destinadas ao reconhecimento, garantia e conformação de direitos fundamentais. E a questão desses direitos está diretamente vinculada ao Direito Constitucional desde as suas raízes mais remotas. Mesmo nas Constituições liberais, já se tratava desses direitos como uma forma de limitação do poder estatal frente ao indivíduo, como já mencionado anteriormente. E os direitos fundamentais evoluíram, expandiram-se, assim como o próprio texto Constitucional. Dessimado, conforme Ingo Sarlet⁸⁸: “os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”.

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas dotadas de normatividade potencializada e com um alto teor de juridicidade, já que possuem *status* constitucional, são direitos exigíveis, vale dizer, podem ter sua aplicação forçada, através do Poder Judiciário, mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

A exigibilidade de um direito fundamental é decorrente da sua força normativa potencializada e de sua aplicação direta e imediata. Assim, tal exigibilidade está ligada à ideia da existência de uma dimensão subjetiva desse direito, ou seja, a possibilidade de emanção

⁸⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1096.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

de direitos subjetivos exigíveis e justificáveis. Como decorrência da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, surge o chamado princípio da inafastabilidade da tutela judicial, vale dizer, viabilidade de o indivíduo recorrer ao Poder Judiciário para buscar a tutela satisfatória de um direito fundamental.

Sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁹ assevera que resulta da consagração constitucional desses direitos como fundamentais dos cidadão se não apenas como direito objetivo expresso através de normas programáticas ou imposições constitucionais (direitos originários de prestações); da radiação subjetiva de direitos através da criação por lei de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos, que justificam o direito de, judicialmente, ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

De fato, sem o Poder Judiciário não há direitos fundamentais, considerando-se que os tribunais brasileiros têm o papel de efetivar no caso concreto o reconhecimento de direitos sem os quais a justiça social não seria possível. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito tem o dever de equacionar o Princípio da Dignidade Humana com os princípios da Igualdade material e formal⁹⁰, afim de servirem de instrumento de atuação positiva do próprio Estado para garantir as condições mínimas de vida as quais, inevitavelmente, estão intrinsecamente ligadas o livre exercício da personalidade e liberdade sexual.

⁸⁹ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 374.

⁹⁰ Nesse sentido: TJRS - 7ª Câmara Cível - AC 7000548812 - Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis - j. 25.06.2003; TJRJ - 18ª Turma - AC 2006.001.06195 - Rel. Des. Marco Antônio Ibrahim - j. 25.10.2006; TJBA - 3ª Câmara Cível - AC 16.313-9 - Rel. Des. Mário Albiani - j. 04.04.2001.

5 O DIREITO À SEXUALIDADE COMO VIÉS DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 NOÇÕES ELEMENTARES

A abordagem do presente trabalho se propõe a lançar bases para um debate jurídico reflexivo e inter-relacional entre o direito à sexualidade e os direitos humanos. Todavia, longe da pretensão de esgotar a temática, o que se pretende é destacar os principais elementos para o desenvolvimento de uma abordagem técnica que leve a sério a perspectiva dos direitos humanos na seara da sexualidade.

Trata-se de uma discussão jurídica cuja finalidade é impulsionar o avanço do debate acerca da sexualidade – sob a ótica dos direitos humanos –, todavia, sem adentrar nas suas minúcias, tratando-a, especificamente, a partir da enunciação de princípios fundamentais fornecidos pelos direitos humanos aplicáveis às questões trazidas pelos direitos sexuais.

Assim sendo, impende esclarecer a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, cujo destaque se encontra em diversos trabalhos do jurista Roger Raupp⁹¹⁹². Tarefa essa árdua cujo conteúdo destaca-se pelo traço básico de distinção, qual seja, a esfera dos destinatários de proteção de cada um dos direitos.

Mesmo quando adotado esse fator de diferenciação, ainda assim, não resta evidente, segundo o citado magistrado gaúcho, a distinção entre os direitos humanos e os fundamentais, permanecendo uma zona cinzenta, pois em ambos os casos, o destinatário da proteção é sempre a pessoa humana. Portanto, tal critério pessoal não é suficiente para se determinar a diferença. Daí advém o questionamento: qual seria, então, o aspecto capaz de separar os dois termos jurídicos?

Para responder essa questão, Ingo Sarlet⁹³ confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção, como se pode notar:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do

⁹¹RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 2, n. 6, p. 27-29, dez. 1998. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/160/248>. Acesso em: 01 nov. 2012.

⁹²*Idem*. Para um direito democrático da sexualidade. *Horiz. antropol.* v. 12, n. 26, 2006, p. 71-100. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004>. Acesso em: 01 nov. 2012.

⁹³ SARLET, *op. cit.*, p. 35-36.

direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)

No entanto, considerando o critério espacial como única distinção entre direitos humanos e fundamentais, pairariam dúvidas sobre a extensão do conteúdo de ambas as categorias jurídicas. E isto, conseqüentemente, ensejaria uma equiparação de significados entre os termos postos em análise.

Apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos ser entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto, mais uma vez, convém trazer à baila a lição de Ingo Sarlet⁹⁴, que é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Portanto, em apertada síntese, os direitos humanos são aquelas garantias inerentes à existência da pessoa, albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional Público, mas que, por fatores instrumentais, não possuem aplicação simplificada. Conclusão essa extraída de maneira contundente nas palavras de Antônio Enrique Perez Luño⁹⁵:

O termo *direitos humanos* tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos *direitos do homem* reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positivação, ou seja, como um ‘conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. [grifos no original]

Por outro lado, os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado aos dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.*, p. 40.

⁹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *apud* PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

assegurada pelos tribunais internos. Pela importância que os direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico, a doutrina tem buscado explicar os direitos fundamentais a partir de quatro planos de análise: formal, material, funcional e estrutural.

No plano formal e material, Jane Reis Gonçalves Pereira⁹⁶ distingue que:

Do ponto de vista *formal*, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista *material*, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo. (grifos no original)

De outro vértice, é no plano funcional que se desdobram as duas funções das normas (regras e princípios) de direitos fundamentais, ou nas palavras da citada autora⁹⁷:

Por um lado, atuam no plano *subjetivo*, operando como garantidores da liberdade individual, sendo que esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. De outro lado, os direitos ostentam uma função (ou dimensão) *objetiva*, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado.(grifos no original)

Finalizando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁸ que essas duas categorias se excluem:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

Por fim, como já destacado alhures, os direitos sociais previstos na atual Constituição Federal, compreendidos como garantias alcançadas ao longo do tempo e da história, nem sempre foram encartados nas Cartas Magnas anteriores, pelo menos não na sua extensão atual. A incorporação gradativa desses direitos ao ordenamento jurídico positivo, através das conquistas sociais e políticas, tornou o rol de direitos sociais dinâmicos e abertos (sujeito a novas ampliações e desdobramentos). Daí porque já foi destacado, no capítulo anterior, o importante papel do intérprete.

⁹⁶PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *op. cit.*, 2006, p. 76.

⁹⁷*Idem*, p. 76-77.

⁹⁸SARLET, *op. cit.*, p. 46.

Inseridos na seara dos direitos fundamentais, que servem de interpretação e aplicação das leis, podem ser elencados: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o direito à livre orientação sexual, o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero, o direito à convivência familiar e comunitária, a liberdade de constituição da família e de vínculos parentais, o respeito à intimidade, privacidade, autodeterminação e o direito fundamental à felicidade.

Ingo Sarlet⁹⁹ destaca que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implicando, nesse sentido, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que resguardem a pessoa de todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Conforme ensina Sérgio Barros¹⁰⁰, a plenitude objetiva e subjetiva dos direitos humanos é atingida com o direito de solidariedade: o direito de todos os sujeitos contra todos os sujeitos para proteger tudo o que condiciona a vida humana. Essa categoria fixa os valores e os bens humanos, sendo chamada por isso de Direitos da Humanidade e se estende às gerações precedentes. São os chamados Direitos Humanos por excelência, já que, por serem integrais, promovem a interação de todos os sujeitos e objetos da humanidade.

É inconteste que a sexualidade faz parte da própria condição humana, pois é impossível para o sujeito realizar-se, se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar orientar-se sexualmente da maneira que lhe aprouver.

Situação essa que apreende tanto a liberdade sexual como a livre determinação da orientação sexual.

Captando essa compreensão, Maria Berenice Dias¹⁰¹ enfatiza que sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem orientação sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade.

Felicidade essa que cada vez mais alcança patamar constitucional, sendo garantia expressa em tratados e Convenções Internacionais, como é o caso dos Princípios de Yogyakarta.

⁹⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁰ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do feto. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFam, 2006, p. 372.

¹⁰¹ DIAS, *op. cit.*, p. 32.

Acrescente-se ainda que o direito de exercer livremente sua sexualidade e de perseguir a própria felicidade, muitas vezes, demanda mais que uma neutralidade estatal (abstenção), posto que a salvaguarda dos direitos humanos e dos direitos fundamentais exige uma atuação política afirmativa para que os axiomas reinantes interna e externamente nas Cartas Constitucionais e Declarações Universais sejam efetivados.

Trata-se de um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre da sua própria natureza como já esclarecido em capítulo anterior. Todavia, as questões concernentes à sexualidade sempre são cercadas de mitos e tabus. Tal conservadorismo acaba por inibir não só o indivíduo no seu livre exercício da liberdade sexual, como também o próprio legislador no momento da consagração formal de direitos em diplomas legislativos infraconstitucional.

Roger Raupp¹⁰² enfatiza que desenvolver a ideia de direitos sexuais, sob o olhar dos direitos humanos, aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas, que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulamentações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade, que seja emancipatório em seu espírito.

Através da leitura da Constituição Federal, em seus diversos artigos, é reconhecida a dignidade da pessoa humana como postulado básico formador, além da igualdade da liberdade, garantias jurídicas essas, que atingem heterossexuais, lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, individualmente considerados ou, em comum, e nas suas relações sociais; respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de acordo com sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Contudo, pouco ou nada adianta assegurar constitucionalmente o respeito à dignidade humana, a liberdade e a igualdade, se o preconceito e a discriminação por orientação sexual ainda predominam na sociedade brasileira. Vale dizer, enquanto a sexualidade do indivíduo ainda for alvo de exclusão social, tiver tratamento desigualitário e a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado não se estará vivendo efetivamente em um Estado Democrático de Direito, como salienta a professora Maria Berenice Dias¹⁰³.

¹⁰² RIOS, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 134.

Por isso, segundo José Carlos Teixeira Giorgis¹⁰⁴, a relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto expressamente no texto Constitucional. E, o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões legítimas de suas esferas pessoais, deve a promoção positiva de suas liberdades.

Michel Foucault¹⁰⁵ destaca, ainda, que a sexualidade está vinculada ao prazer e à afetividade, elementos estes essenciais à boa convivência social. Sendo assim, a liberdade de gerir a própria vida independe do gênero ou orientação sexual, o que exorta a necessidade inexorável de uma normatização específica, que contemple as vicissitudes de combate à discriminação sexual e fomente a dignificação do indivíduo através de ações afirmativas¹⁰⁶.

Assim, a garantia ao livre exercício da sexualidade integra as três gerações de direitos fundamentais, pois está relacionada com os postulados da liberdade individual (gerir a própria vida), da igualdade social (não ser discriminado em função da identidade/orientação sexual) e da solidariedade humana (todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana). A segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base necessária para a construção da orientação sexual do indivíduo. Atributo este inegavelmente inerente à pessoa humana, conforme evidencia Roger Raupp¹⁰⁷.

Portanto, a sexualidade está inserida na seara da subjetividade, da intimidade e da vida privada, a qual representa uma perspectiva fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do sujeito, que partilha seu cotidiano e sua vida em parcerias, o que representa um aspecto primordial da condição humana.

Os direitos e garantias fundamentais são utilizados para consolidar a liberdade de orientação sexual e de gênero, visando, com isso, eliminar preconceitos ou restrições de ordem social, política e jurídica.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo devem ter uma cooperação irreversível a fim de que sejam consagradas socialmente práticas e ações

¹⁰⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. **AJURIS**, n. 88, t. I, dez; 2002, p. 244.

¹⁰⁵ FOUCAULT, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁶ TRT 4ª Região – AC 2000.71.00.009347-0/RS – Rel. João Batista Pinto Silveira – DJU 10.08.2005 (afirmando que a Constituição Brasileira tem um compromisso com a cidadania do povo brasileiro, o que é atestado pela consagração do princípio da dignidade humana como princípio constitucional fundamental, o que pressupõe a extensão da garantia de direitos sociais a todos os indivíduos).

¹⁰⁷ RIOS, *op. cit.*, p. 28

afirmativas¹⁰⁸, que apliquem a igualdade, repudiando qualquer tipo de discriminação de gênero, seja através da positivação de novas normas jurídicas, seja através de interpretações e decisões nos julgados levados aos Tribunais, que exortem os valores consagrados constitucionalmente e que se revelam, cada vez mais, consonantes com as dificuldades vivenciadas pelas pessoas diariamente, o que será analisado em capítulo próprio deste trabalho.

É indiscutível que existe uma diferença abismal entre a igualdade formal e a realidade social, daí porque sobressai uma necessidade premente de atuação de políticas públicas incontestáveis para viabilizar a proteção de uma parcela vulnerável da sociedade, ponto também a ser enfrentado nesta dissertação mais à frente.

Há muito, o vínculo que liga duas pessoas em uma relação é o afeto, isso independe da orientação sexual ou identidade de gênero, pois tal orientação não pode servir de obstáculo para a felicidade, que é um verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força.

Luis Roberto Barroso¹⁰⁹ enfatiza que a interpretação da Constituição Federal só é legítima se exaltar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, os princípios que decorrem desse axioma, quais sejam, o princípio da afetividade e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Não podendo, de modo algum, excluir daí a sexualidade.

Silvana Carbonera¹¹⁰ acrescenta que o afeto passou a ser elemento identificador das entidades familiares. É este sentimento que serve de parâmetro para definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista¹¹¹, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.

Após o advento da Constituição de 1988, surgiu o novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito de fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. (Agravo nº 243.555-1, acórdão unânime da 2ª Câmara Cível, TJMG, Rel. Des. Francisco Figueiredo, p. 15.03.2012).

¹⁰⁸ TRE/PR – Tribunal Pleno – Al 380 – Rel. Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro – 10.08.2004 (classificando como constitucional a política de ações afirmativas para mulheres, tendo em vista a discriminação de gênero existente no país).

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹¹⁰ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico nas relações de família. In: FACHIN, Edson Luiz (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 34.

¹¹¹ O termo *família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros.

Felicidade essa que pode, claramente, estar atrelada ao direito de exercer livremente sua sexualidade, sem que seja exigida a dualidade de sexos no casal para haver proteção estatal, haja vista que tal distinção seria odiosa e discriminatória, violando frontalmente a Constituição Federal, no seu preâmbulo, nos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, entre outros.

Logo, torna-se imperioso o surgimento de uma lei, que passe a acompanhar a mudança de mentalidade, bem como a evolução da moralidade na sociedade, fundamentando discussões e promovendo a igualdade de gênero.

Maria Berenice Dias¹¹² destaca que, mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior, como um direito fundamental, é possível dizer que este decorre da valorização constante da dignidade humana.

Pelo teor do Art. 5º, § 2º da CF, é permitido o reconhecimento de direitos e garantias expressos em outros documentos, inclusive aqueles inseridos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Ademais, cumpre exortar que o rol do artigo 5º da CF não é taxativo e sim, meramente exemplificativo. Nas exatas palavras de na Carta Magna do Brasil: “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 seja parte”.

Neste jaez, Rolf Madaleno¹¹³ detecta que o Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988, prevalece à busca do direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu: “O que deve balizar o conceito de ‘família’ é, sobretudo, o Princípio da Afetividade, que “fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (REsp. n. 945283-RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, p. 28.09.2009).

Assim, repita-se, os direitos sociais previstos na atual Constituição Federal, compreendidos como garantias alcançadas ao longo do tempo e da história, nem sempre foram encartados nas Cartas Magnas anteriores, pelo menos não na sua extensão atual. A incorporação gradativa desses direitos ao ordenamento jurídico positivo, através das conquistas sociais e políticas, tornou o rol de direitos sociais, dinâmico e aberto, sujeito, portanto, a novas ampliações.

¹¹² DIAS, *op. cit.*, p. 66.

¹¹³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

Neste contexto e assentado na proteção constitucional, merecem realce alguns princípios básicos, que constam tanto em declarações internacionais, como no Constitucionalismo Clássico de qualquer estado democrático a servir de orientação e postura natural de concretização por parte do Estado. Com efeito, ultrapassado esse introito, alguns princípios constitucionais intimamente vinculados ao tema central deste trabalho serão considerados de modo mais detido.

5.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição brasileira vigente foi a primeira na história do Constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição¹¹⁴.

Insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade humana é fundamento do estado democrático de direito e traz em seu conteúdo a noção de que todos têm direito a igual consideração. Por este princípio, tem-se que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, e que, na categoria de princípio fundamental, possui como principal característica o fato de ser elemento e medida dos direitos fundamentais.

É, portanto, uma norma jurídica positiva dotada de *status* constitucional formal e material, e, como tal, inequivocamente, carregado de eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Na qualidade de princípio fundante, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, justifica-se plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa¹¹⁵.

Por tais razões, inúmeras cortes brasileiras recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana tanto para reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis, como

¹¹⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁵ *Idem*, p. 72.

também para estender-lhes os direitos matrimoniais. Nessa esteira, ver, por exemplo: TJAC – Câmara Cível – AC. 2007.0001819-4. Rel. Des. Miracele Lopes – j.25.09.2007; TJRJ – 14ª Câmara Cível – AC. 2005.001.22849- Rel. Des. Ferdinando Nascimento – j.11.04.2006; TGMS – 2ª Turma Cível – AC. 2006.012197-9/0000-00 – Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan – j.17.10.2006.

Como tal, a dignidade da pessoa humana é um pilar, que impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o poder público venha a violá-lo, mas igualmente implica que este mesmo Estado deva promover a proteção de uma vida com dignidade para todos. Mais do que uma abstenção, impõe ao Poder Público uma atuação positiva e efetiva para concretizar direitos ao cidadão.

Aliás, está imposto ao Estado o dever de assegurar a todos uma existência digna seja na ordem econômica (art. 170 da CF), seja na ordem social (art. 193 da CF) com a busca da justiça social na educação, no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205 da CF). Todos esses aspectos, não como meros enunciados formais, mas como efetivos indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, dessa maneira, que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder; enfim, onde a liberdade, a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. E esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Logo, tem-se que os princípios fundamentais carecem de reconhecimento e obediência para ser possível garantir a dignidade humana.

Ingo Sarlet¹¹⁶ citando Kant, afirma que:

“A dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direito”.

Para José Afonso da Silva¹¹⁷, dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Comentando Gomes Canotilho e Vital Moreira, destaca que:

¹¹⁶ KANT *apud* SARLET, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Atlas. 19 ed., 2011, p. 119.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-as nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Também é preciso enfatizar que a dignidade humana assegura um respeito mínimo ao homem, unicamente pelo fato de ser humano, independentemente do grupo ou da classe social. Portanto, ainda que o homem faça parte de um grupo, sua dignidade é individual, mesmo que tenha adotado as características coletivas, mesmo que tenha imitado as condutas, sua dignidade lhe é singular e deve-lhe ser assegurada enquanto indivíduo. Portanto, além de ser concreta, a dignidade é individual e não pode ser sufocada pela coletividade, já que se trata de diretriz básica individual, que vai além do ter, efetivando o primado do ser.

Este princípio demonstra uma nova ótica do Direito Constitucional e do Direito de Família, em especial, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil. As Constituições passadas, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, por sua vez, colocam a família sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros, ou seja, trata-se da visão constitucional antropocêntrica e eudemonista, que coloca o homem como centro da tutela estatal, valorizando o indivíduo e sua satisfação no seio familiar e não apenas a instituição familiar.

José Sebastião de Oliveira¹¹⁸ destaca a extensão da evolução dos fundamentos da família no Direito brasileiro, à luz do Direito Constitucional e os seus desdobramentos ocorridos tanto em relação à família constituída pelo casamento, quanto àquela não matrimonializada, cominando com a análise da essência da família como o último ponto de evolução na Lei Civil codificada em 2002. Tudo isso, servindo para enfatizar as características das famílias contemporâneas, no que diz respeito aos seus princípios norteadores, dentre os quais, destacam-se a dignidade da pessoa humana, bem como sua noção em um sistema jurídico aberto.

A propósito desse fundamento da República, Alexandre de Moraes¹¹⁹ arremata:

¹¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 384.

¹¹⁹ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, 24. ed., p. 21-22.

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

Ainda que se entenda a dignidade da pessoa humana como um direito metaindividual, posição adotada por alguns juristas, e, neste sentido, a proteção seria da coletividade, que estaria sendo violentada como um todo, com a ofensa individual perpetrada a um único cidadão, este princípio no Direito de Família pode assegurar outros tantos direitos e garantias.

Maria Helena Diniz¹²⁰ ensina que o referido princípio constitui base da comunidade familiar, garantido o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, e crítica juristas, que ante a nova concepção de família, falam em crise, desagregação e desprestígio, salientando que a família passa, sim, por profundas modificações, mas como organismo natural, ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização.

Gustavo Tepedino¹²¹ destaca o papel da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Carlos Roberto Gonçalves¹²² disse com acerto:

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, 'é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania'. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: 'Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas'. [grifos no original].

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena *apud* CUNHA PEREIRA, *op. cit.*, p. 77.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As representações sociais das famílias e suas consequências pessoais e patrimoniais: uniões estáveis e uniões homoafetivas. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 31, n. 112, jul. 2011, p.137.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed., São Paulo, Saraiva, v. 6., 2013, p. 77.

A efetividade da dignidade da pessoa humana só se materializa se se assegurar concretamente os direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que, por sua vez, estão atrelados ao artigo 225. Normas essas que garantem como direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A essa lista, correta é inclusão da proteção estatal à família como base da sociedade.

Seguindo tal trilha de raciocínio, o Direito é norma da conduta social e a família, base da sociedade, portanto a evolução da sociedade não pode escapar à evolução do Direito, sob pena de termos normas jurídicas legítimas, mas ineficazes.

Com efeito, não podem prosperar as assertivas de impossibilidade de reconhecimento de direitos condicionados à diversidade gênero. Do mesmo modo, a união homoafetiva e seus correlatos efeitos, simplesmente, não podem ser negados meramente pela ausência da diversidade de sexo. É verdade que o art. 226, § 3.º da Constituição Federal estabelece que: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar”. Contudo, a união estável entre pessoas de mesmo sexo é uma realidade dos tempos atuais, devendo a questão ser examinada também à luz dos demais princípios constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a igualdade perante a lei e o da vedação de qualquer tratamento discriminatório em virtude de orientação sexual (art. 3º, incisos I e IV e art. 5º 'caput').

Isso visa afastar uma inadequada interpretação isolada e literal do texto constitucional (art. 226, §3º) e proporcionar uma interpretação sistemática e abrangente da Lei Magna, especialmente se considera o fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Os pronunciamentos do E. Superior Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça possibilitam a equiparação de tratamento da união homoafetiva à união estável, dando vigor à inclusão desse tipo de relação como entidade familiar, sendo as questões a ele atinentes matéria de competência das Varas de Família e Sucessões.

Veja que a Constituição não tratou de restringir às espécies de famílias aquelas citadas em seu texto. Ao contrário, pela leitura da *Lex Fundamental*, pode-se concluir claramente que o legislador, ao dizer que a família é base da sociedade, ressaltou sua importância e, portanto, a sua imprescindibilidade para a sociedade e para o próprio Estado. Assim, é legítima a constituição de famílias por pares homoafetivos, devendo ser-lhes aplicadas todas as garantias inerentes, já que equiparadas a união estável.

A afetividade é o mote da reunião de duas pessoas e jamais pode ser ignorada, sob o falacioso argumento e pretenso moralismo. Por essa razão, já leciona o Ministro Marco Aurélio¹²³ que “uma vida digna não se resume a integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos”.

5.3 A ISONOMIA

A isonomia nada mais é do que igualdade, que é um valor da democracia. Representa o equilíbrio e equidade de direitos e responsabilidades entre os membros da sociedade, independente de orientação sexual, gênero, faixa etária, classe, raça etc. Trata-se de regra normativa de inclusão. Desse modo, sob o prisma constitucional, os direitos de um cidadão heterossexual, por exemplo, não podem ser diferentes dos direitos de uma cidadã homossexual, sob pena do Estado estar sendo desigual.

“O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador¹²⁴”. Mas, esse enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. É necessário, pois, questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: “O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”.¹²⁵ Contudo, para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a citada fórmula não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever *formal*, mas de um dever *material* de igualdade.

O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Nesse sentido, está vedada a hierarquização de pessoas e/ou arranjos familiares. Cabe destacar, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, consubstanciado em acórdão assim ementado:

¹²³ MELLO, Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198, DIVULG. 13/10/2011, PUBLIC. 14/10/2011, EMENT VOL-02607- 01, PP-00001.

¹²⁴ RIOS, *op.cit.*, p.23.

¹²⁵ Cf. Platão, *As Leis*, VI 757; Aristóteles, *Política*, III 5 (1280a): “Considera-se, por exemplo, que justiça é igualdade, e de fato o é, mas como igualdade para os iguais, não para todos. E considera-se também que a desigualdade pode ser justa, e de fato o pode, mas não para todos, somente para os desiguais entre si”; do mesmo autor, *Ética a Nicômaco*, V 6 (1.131a).

Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível)

O STF defende a tese de que “a Constituição prima pela proteção dos direitos fundamentais e veda todo tipo de discriminação”. Com isso, o Supremo quis simplificar uma situação que já se tornou comum como visão global, uma vez que os homoafetivos como são considerados, vêm a ter direitos legalizados para ser poupados de discriminação, vez ainda que parte da sociedade ainda os vê com olhos preconceituosos. Como seres livres, as pessoas podem fazer as próprias escolhas e agir conforme a sua própria vontade. Cabe a cada um ocupar o seu espaço com dignidade e cumprir a lei e ao Poder Judiciário o dever de zelar pelo respeito dos demais.

Adilson José Moreira¹²⁶ descreve que a isonomia requer uma atuação positiva das instituições estatais para que se possa alcançar a igualdade material, como se lê:

Uma nova dimensão da igualdade emergiu no paradigma constitucional atual, concepção identificada com a noção de reconhecimento. Além das demandas de redistribuição de bens materiais as atuais demandas de direitos também estão voltadas para luta pelo reconhecimento da humanidade comum de todos dos seres humanos. O princípio da isonomia surge como instrumento para a construção de uma sociedade comprometida com o respeito para a pluralidade de identidades existentes dentro da realidade social. Procura-se assim, eliminar as consequências da estratificação social decorrentes da institucionalização de sentidos sócias, decorrentes da institucionalização de práticas discriminatórias. Não podemos considerar apenas se as pessoas estão situadas de forma igual ou desigual, pois elas são iguais ou diferentes de várias maneiras. As categorias utilizadas para comparar indivíduos possuem uma pluralidade interna que precisar ser considerada quando se examina a racionalidade dos atos estatais. Deve então criar mecanismos que promovam a inclusão de grupos sociais por políticas públicas capazes de produzir tanto a redistribuição de bens materiais como o reconhecimento da humanidade comum entre todos os grupos sociais.

Franca maioria da jurisprudência pátria também já se posicionou no sentido de estabelecer as relações estatais positivas com fito de promover a isonomia. Assim é que já se decidiu que: 1) a Constituição Federal estabelece um plano para enunciar diretrizes, os

¹²⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p.44.

programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, informados pelos preceitos de justiça social e da igualdade material¹²⁷; 2) a orientação sexual não pode condenar pessoas a uma cidadania de segunda classe¹²⁸; 3) a questão da discriminação contra as minorias requer ações estatais positivas que procurem eliminar as consequências das hierarquias social¹²⁹; e 4) que rejeita a noção de igualdade formal como critério de avaliar os programas de ações afirmativas porque a Constituição Federal estabelece a eliminação das desigualdades sociais como objetivo central da ordem constitucional¹³⁰.

Qualquer que seja o indivíduo, ele tem direitos acobertados pela lei. O entendimento do STF traduz uma certeza de que se a união entre pessoas do mesmo sexo não é proibida pela legislação brasileira, automaticamente, torna-se permitida. Conseqüentemente, sendo permitida a união homoafetiva, impõe-se a extensão dos direitos garantidos para as uniões estáveis heterossexuais aos casais homoafetivos. Assim, a tais uniões galgar o patamar de entidade família é uma vitória da consagração do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Nas palavras do aposentado Ministro Ayres de Brito¹³¹: “A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo” e, acrescentou de maneira categórica, uma conclusão inexorável: “Não existe família de segunda classe ou família mais ou menos”.

Toda a controvérsia sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo gira em torno da interpretação do princípio da igualdade e das normas jurídicas que regulam a união estável e os direitos dela decorrentes. O princípio da isonomia possui uma função fundamental na ordem jurídica brasileira, sendo um parâmetro central para a avaliação de legitimidade dos atos estatais. Mas esse este princípio não estabelece nenhum critério para a realização das noções de igualdade contidas no texto constitucional. Tal fato gerou a necessidade da elaboração de princípios instrumentais de interpretação desse preceito constitucional.

Com efeito, a noção de razoabilidade tornou-se um dos parâmetros dominantes de interpretação da igualdade na jurisprudência brasileira e os tribunais geralmente seguem uma formulação bastante simples desse princípio: uma norma jurídica será legítima na medida em que exista uma relação racional entre o critério de tratamento diferenciado e o objetivo da

¹²⁷ STF Pleno - ADI 1.950-3 - Rel. Min. Eros Roberto Grau – DJ. 02.06.06.

¹²⁸ STJ – 3ª Turma – REsp. 238.715 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 07.03.2006.

¹²⁹ TJRS – 8ª Câmara Cível – AI 599.075.496 - Rel. Des. Breno Moreira Mussi. j.17.06.99.

¹³⁰ TJRJ – 11ª Câmara Cível – AI 2003.002.07948 - Rel. Des. Cláudio Mell Tavares, j.05.11.2003.

¹³¹ Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, julgado em 05/05/2011, DJe-198, DIVULG 13-10-2011, PUBLIC 14-10-2011, EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

legislação em questão¹³². Vale conferir interessantes precedentes, a saber: STF – Tribunal Pleno – RE 453.740-1/RJ – Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes – DJ 24.08.2007 (argumentando que o princípio da igualdade consiste em tratar aqueles que estão em situação idêntica de forma idêntica para que se possa evitar arbitrariedades); STF – ADI 3.300MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 09.02.2006 (argumentando que os tribunais brasileiros devem reconhecer os casais homossexuais como entidade familiar porque eles formam relacionamentos baseados nos mesmos fundamentos das uniões formadas por casais heterossexuais).

5.4 A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE

O direito à privacidade, constante do art. 5º, X da Constituição Federal, desdobra-se nos demais direitos constantes do mesmo inciso, quais sejam: honra, imagem, intimidade e vida privada.

Somente com o advento da Constituição de 1988 passou a existir expressa referência à intimidade e à vida privada. E tanto o Estado como os particulares devem observância ao mencionado dispositivo, sob pena de responsabilização por sua violação. De modo que não cabe ingerência da autoridade pública ou do particular no exercício desse direito, salvo em situações excepcionais com expressa previsão legal.

Trata-se de direitos distintos, cuja raiz de significação decorre da honra. A privacidade é tudo aquilo que o ser humano preserva e mantém fora do alcance de terceiros, compartilhando apenas com um grupo restrito de pessoas. O direito à intimidade, por sua vez, é considerado como uma esfera mais restrita do que o direito à vida privada, que compõe o íntimo do ser humano, particularidades do próprio eu, do ser isolado. Este pode ser percebido no fato de a pessoa não expor seus pensamentos e sentimentos, nem para os seus familiares, com aqueles que convivem dentro de sua própria casa. É o resguardo absoluto.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³³ conceitua a vida privada da seguinte forma: “é a que se desenvolve fora das vistas do público perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos”. Já a intimidade, entende o autor, ser mais estrita, vale dizer, “a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar”.

¹³² MOREIRA, *op. cit.*, p. 26.

¹³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 90.

Além da proteção constitucional, por ser um direito fundamental, a privacidade goza ainda de proteção infraconstitucional, visto que é igualmente um dos direitos da personalidade constante do Código Civil, nos artigos 11 a 21.

Dentro de tal contexto, os vínculos afetivos estão relacionados com a vida privada, sendo expostos apenas para o grupo do qual o indivíduo faz parte. Já o exercício da sexualidade, está vinculado à intimidade, por ser um espaço ainda mais restrito. Ambos, porém, tem a correlata proteção constitucional e demandam resguardo.

Enfatizando a proteção à intimidade, é possível encontrar julgados que protegem da ingerência estatal nas relações privadas, com se vê:

A constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre os casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganham plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. [...] Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união heteroafetiva. (STF Pleno ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJE de 14.10.2011). No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.09.2012, 1ª Turma, DJE 02.10.2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.2011, 2ª Turma, DJE 26.08.2011.

Como cediço, em caso de conflito entre os direitos fundamentais, aplicar-se-á o juízo de ponderação de interesses no caso concreto, na medida em que inexiste hierarquia entre os princípios fundamentais e estes jamais são absolutos. Haverá, assim, a preponderância de um em detrimento do outro, pois inexiste hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre princípios.

5.5A LIBERDADE SEXUAL: DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO SEXUAL

Correlato à liberdade e vinculado à intimidade, está o direito à livre determinação sexual, segundo o qual o indivíduo tem livre-arbítrio no exercício de sua sexualidade da maneira que lhe aprouver.

Não há imposição legal de um determinado ‘padrão’ sexual, da mesma forma que não subsiste tratamento diferenciado por parte do Estado em relação à orientação sexual da pessoa. E não poderia ser diferente em um Estado Democrático de Direito. Além das

liberdades sociais e alinhados a essas, estão as liberdade individuais, nas quais, sem sombra de dúvida, encontra-se a intimidade e o exercício da sexualidade.

A concretização desse imperativo jurídico de liberdade sexual, no entanto, é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual. No esforço de implementá-la, diante das vicissitudes verificadas na realidade social, foram positivados critérios proibitivos de diferenciações, desdobramentos da igualdade perante a lei.

Para Roger Raupp¹³⁴: “Ao invés da cristalização da ‘normalidade heterossexual’ revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral”.

Portanto, a orientação sexual do indivíduo só interessa quando violada a sua intimidade ao ser questionada em razão da negação de um direito. Destarte, só por questão de justiça social¹³⁵ ela será apreciada. As escolhas, preferências e determinação sexual do sujeito em nada atrapalham o convívio social e não podem ser consideradas anormais. Nesse sentido, leciona Edilton Meirelles¹³⁶: “o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, portanto, dá suporte para o reconhecimento ao direito fundamental a orientação sexual. Daí porque, nem o Estado, nem a sociedade podem tentar impor a opção sexual que seja majoritária”

Acrescenta, ainda, o citado Desembargador baiano que:

Quando a lei, outrossim, não agasalha regra de proteção a essa opção sexual, estamos diante, pois, de uma situação de desrespeito à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que cabe ao Estado, não só se abster de violar tais valores, como de agir positivamente na sua proteção¹³⁷.

Negar ao sujeito o direito de viver plenamente sua sexualidade é expropriar-lhe a própria cidadania, pois afronta os mais elementares direitos fundamentais. Como se vê, por exemplo: TRF 5ª Região – 1ª Turma – AC 238.842 – RN – Rel. Des. Margarida Cantarelle – j. 30.08.2001 (afirmando que a legislação federal definindo o termo companheiro como sendo necessariamente de sexo oposto, constitui discriminação sexual, porque barra o acesso de casais homossexuais a direitos previdenciários); TJRS – 8ª Câmara Cível – AC 70006542377

¹³⁴ RIOS, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁵ TJSP – 4ª Câmara de Direito Privado – MAS 464.730 – 4/0 – Rel. Maia Cunha – 09.11.2006 (afirmando que o direito não pode recorrer a posturas preconceituosas que geram injustiças sociais ao desconsiderar a evolução dos fatos sociais).

¹³⁶ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Comentando o voto do Ministro Marco Aurélio de Melo *In: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. (Coord.) União Estável entre Homossexuais: comentário à decisão do STF face à ADI 4277/09 e à ADPF 132/08*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 308.

¹³⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 308.

– Rel. Des. Rui Portanova – j. 11.09.2003 (argumentando que a proibição constitucional de discriminação sexual engloba a proibição de discriminação baseada na orientação sexual); JF – 10ª Vara – Rio Grande do Sul – AO 96.0002030-2 – Juiz: Roger Raupp Rios – j. 06.09.1996 (menciona o respeito à orientação sexual como afirmação da orientação sexual); TJRS – 7ª Câmara Cível – AC 7000548812 – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 25.06.2003 (afirmando que a orientação sexual é um aspecto fundamental da identidade pessoal, aspecto cujo respeito é fundamental para a felicidade humana).

Assim, a homossexualidade, bissexualidade, transexualidade não podem servir de escudo para a negação de direitos, especialmente quando as questões transformam-se em contendas levadas a cabo nos tribunais. É cediço que os julgadores devem ter imparcialidade, mas ela não se confunde com neutralidade (condição completamente indiferente ao homem, que como ser social que é, não se desnuda da sua natureza humana, sua cultura, sua moral para exercer a atividade julgadora). Portanto, a ética profissional, aliada aos mandamentos constitucionais no momento de julgar é o que deve atrelar o profissional sem medo de esbarrar na sexualidade alheia. Nesse sentido, o médico e escritor Draúzio Varella¹³⁸ traz importante contribuição:

Os que se sentem ultrajados pela presença de homossexuais que procurem no âmago das próprias inclinações sexuais as razões para justificar o ultraje. Ao contrário dos conturbados e inseguros, mulheres e homens em paz com sua sexualidade pessoal aceitam a alheia com respeito e naturalidade.

Por derradeiro, entende-se que é fundamental colacionar jurisprudência da mais alta Corte deste país, na qual há expressa a aclamação dos princípios acima estudados e que se revelam verdadeiro manual do tema:

A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E

¹³⁸ VARELA, Draúzio *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 140.

PROVIDO. 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; [...] Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito [...]. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País. Em conclusão: o exame da presente causa evidencia que o acórdão ora questionado diverge da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Tenho por incensuráveis, por isso mesmo, as razões que, dando suporte à postulação recursal deduzida nesta causa, buscam reformar a decisão objeto do presente recurso extraordinário. Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, decisão por mim proferida (RE 568.129/RN, Rel. Min. Celso de Mello), conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento, em ordem a reconhecer a existência, no caso, de união estável homoafetiva, atribuindo-

lhe a condição de entidade familiar, restabelecendo, em consequência, a sentença proferida pelo ilustre magistrado estadual de primeira instância (comarca de Juiz de Fora/MG). Publique-se. Brasília, 1º de julho de 2011. Rel. Min. Celso de Mello. (STF, RE 477554 MG, Rel Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011).

Dessa forma, impõe-se necessária a criação de um sistema protetivo legal e jurisdicional capaz de suplantar as discriminações e efetivar materialmente direitos almejados pela ordem Constitucional, especialmente quanto a isonomia, liberdade de orientação sexual e dignidade pessoa humana como forma de implementar a verdadeira justiça social.

5.6 A FAMÍLIA HOMOSSEXUAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é principiológica e introduziu uma nova ordem jurídica, de modo a incluir valores; destaca como objetivos principais a construção de uma sociedade livre, justa e soberana, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza. Enfatiza, ainda, como fundamento no texto constitucional de 1988 a dignidade da pessoa humana. Nessa linha de raciocínio, o legislador constituinte deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, pois abordou inicialmente estes temas, para depois pensar na organização do Estado. Tal posição topográfica de destaque difere-se de outras Constituições anteriores e revela-se também como uma mudança de postura para exaltar paradigmas do próprio Constituinte. Merece destaque também a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a família foi reconhecida como base da sociedade e recebeu especial proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes. Tal como a sociedade, a família evoluiu e vários foram os efeitos surtidos dessa transformação social. Merece destaque o fato de que o sujeito passou a ser o foco do estudo do Direito que, nessa visão eudemonista¹³⁹, passou a chamar-se, modernamente, pelos doutrinadores, como Direito das Famílias, exatamente em função da variedade de arranjos familiares surgidos nas últimas décadas, que representa muito mais do que uma mudança de nomenclatura. Na realidade, houve uma ampliação conceitual do sentido da família moderna, que deixou de ser patriarcal, singular e hierarquizada e recebeu importantes influxos do Direito Constitucional.

¹³⁹ O foco da família passa a ser seus componentes, o sujeito com suas vicissitudes e a busca de sua satisfação pessoal dos membros da entidade familiar e não mais da família.

Esclarecedora a visão de Pietro Perlingieri¹⁴⁰ acerca do papel conferido à família no texto Constitucional:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

Assim, a família, que teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade, tendo sido destacada sua importância na formação das pessoas mereceu todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios, os quais estão intimamente vinculados ao tema central deste trabalho e que já foram discutidos nas linhas anteriores, quais sejam: isonomia, dignidade da pessoa humana, privacidade e liberdade.

Ora, o Direito Civil passou a ser interpretado à luz da Constituição Federal, sendo certo que todas as suas normas jurídicas têm fundamento de validade constitucional. Trata-se, desse modo, da eclosão de um Direito Civil Constitucional, o qual comporta uma evidente integração entre estes ramos do direito. E, nesse ensejo, o Direito de Família também mereceu uma interpretação constitucional de suas normas.

Embora o modelo de família nuclear ainda predomine na sociedade brasileira, não se pode considerá-lo como o único modelo familiar. O surgimento de novos arranjos familiares nos faz concluir que o modelo tradicional foi ultrapassado e houve o reconhecimento de inúmeros outros modelos, dentre os quais os casais homossexuais, que vivem em união estável, incluídos neste rol. Além disso, pode-se inferir que esses novos arranjos estão inseridos no contexto de transformações sociais, que atingiu, também, os contornos das entidades familiares e que não podem estar excluídos do reconhecimento e sua correlata proteção por parte do Estado.

O professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu livro intitulado “Princípios Constitucionais de Direito de Família”, aponta, como um dos princípios gerais de Direito de Família, aquele referente ao pluralismo demográfico, a evidenciar a substituição do modelo monolítico da família matrimonial pelo modelo plural e democrático das entidades familiares. Nesse sentido, vale transcrever as lições de Guilherme Calmon¹⁴¹:

¹⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro *apud* SARLET, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698-08: família, criança, adolescente e idoso. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 72.

Como terceiro princípio geral, surge o princípio do pluralismo democrático no âmbito dos organismos familiares (Art. 1º, V, da CF/88), que se associa à liberdade de escolha do modelo e da espécie de família. A passagem do modelo autoritário para o período notabilizado por valores democráticos, em termos políticos, também se refletiu no campo dos princípios gerais de Direito de Família. Assim, a passagem do modelo único, patriarcal, e hierarquizado para o modelo plural, igualitário e humanista, em matéria de entidades familiares, reflete a encampação dos valores democráticos também no grupo familiar, com igual dignidade, respeito e consideração a todos os seus integrantes, sejam crianças, adolescentes, adultos (ou idosos), homens ou mulheres, havidos no casamento ou fora do casamento.

Portanto, é necessário compreender que o que forma a família no mundo são os fatos, os fatores sociológicos de reunião, seja entre homens e mulheres, sejam entre parentes biológicos ou não biológicos, seja entre duas pessoas do mesmo sexo. Todos estes, ao se unirem, decidem conviver juntos e, em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua com ou sem finalidade sexual. Com isso, os agrupamentos familiares são caracterizados pela afetividade e, estabilidade e convivência pública, sendo inconstitucional toda e qualquer violação que distinga de maneira discriminatória as relações íntimas do indivíduo em sociedade. Assim, é cediço que as relações sociais familiares são dinâmicas e não tem espaço para preconceitos já que se pautam na escolha pessoal do indivíduo de viver de forma a ser feliz.

Consequentemente resta evidente, que no quadro das denominadas famílias contemporâneas estão inseridas inúmeros modelos de entidade familiar, dentre os quais, as uniões homoafetivas estão inseridas e devem ser tuteladas pelo direito e pela sociedade de modo a atender aos preceitos constitucionais.

6 A PROMOÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO

6.1 INTRODUÇÃO

Tendo presente a natureza principiológica do direito de igualdade, impende sublinhar a necessidade de concretização desse princípio diante das diversas situações fáticas e jurídicas. Isso significa que o intérprete tem que compreender o conteúdo dessa norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, sem ignorar a realidade dos fatos e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada juridicamente. É preciso, para a determinação do tratamento jurídico das questões relativas à igualdade, cotejar o programa da norma (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o âmbito da norma (a compreensão da realidade dos fatos da vida).

Esse esforço concretizador revela-se tanto mais exigente e desafiador quanto maiores forem os preconceitos disseminados diante de um determinado problema jurídico. Tal é o desafio que se apresenta ao tema objeto deste estudo, uma vez que não se pode furtar do Estado à tarefa de concretização da igualdade de gênero.

Além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. O direito, como ordem normativa, prescreve a relação entre as e a comparação dessas mesmas situações, estabelecendo quando, como e porque serão sustentadas equiparações ou diferenciações. Nessa linha, é estudado o princípio da igualdade e a função do Estado de promover em determinadas situações tratamentos distintos para promover a isonomia diante da diversidade de gêneros.

Friedrich Muller criou uma teoria acerca das normas de direitos fundamentais, caracterizada como uma “teoria da norma que supera o positivismo jurídico”¹⁴². O enunciado central de sua – como ele define – “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica”¹⁴³ consiste na tese da “não-identidade entre norma e texto normativo”¹⁴⁴. Com essa tese, Muller pretende dizer “que uma norma jurídica é mais que o texto”¹⁴⁵. A concepção da norma jurídica como “constituída apenas linguisticamente” seria a “ilusão de uma concepção puramente formalista do Estado de Direito”¹⁴⁶.

¹⁴² MULLER, Friedrich *apud* ALEXYY, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴³ *Idem*, p. 265.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 79.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 80.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 81.

Assim, em se tratando de direitos fundamentais, a peita sobreposta à máxima da contraposição entre dever ser e ser, tem-se a concepção de Muller:

Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses 'âmbitos materiais' são transformados em 'âmbitos normativos' por meio do reconhecimento constitucional e garantia de liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica.

Com efeito, a igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação do tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal.

Ora se assim o é, imprescindível a atuação estatal tendente à concretização eficaz da norma em abstrato, sob pena de não o fazendo comprometer o próprio sistema jurídico constitucional. Na esfera da igualdade de gênero, a isonomia significa a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção em função do sexo ou orientação sexual. Nesse sentido, no estudo em tela, destacam-se algumas situações que efetivamente conferem relevância ao tema, como será delineado nas linhas que se seguem abaixo.

6.1 LICENÇA-NATALIDADE

A valorização da paternidade responsável, segundo a qual são assegurados a ambos os genitores os mesmos direitos, bem como impõem-se aos dois os deveres inerentes ao poder familiar, é a justificativa para se adotar a licença-natalidade.

Desse modo, a alteração legislativa, já difundida em diversos países europeus, permite a licença para cuidar da criança recém-nascida ou adotada é concedida aos pais indistintamente, independentemente do gênero. Nada justifica a concessão da licença de quatro meses para a mãe e, ao genitor, apenas escassos cinco dias. Assim, visando consagrar a igual responsabilidade parental terminaria a licença-maternidade e paternidade e em seu lugar seria concedida ao casal a licença-natalidade com prazo de duração de seis meses.

A licença-natalidade é o período já reconhecido para assegurar o melhor desenvolvimento da criança, que terá direito à presença de um de seus pais, da maneira que lhes seja mais conveniente. Inclusive estreitando laços com ambos os pais, pois poderia haver

o rateio da licença entre ambos, o que inclusive ratifica a posição isonômica da mulher que não seria preterida no âmbito das relações de trabalho.

Por isso, a proposta de alteração dos incisos XVIII e XIX do art. 7^a da CF para assegurar licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias tem seu lugar de destaque nesse trabalho.

Incorporando esses ideais, durante os primeiros quinze dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é usufruída por ambos os pais. No período subsequente, será gozada por qualquer deles, de forma não cumulativa, segundo deliberação do casal. Oferecendo igualdade de oportunidades a ambos os pais e beneficiando a própria família, inclusive com vistas a atender aos novos arranjos familiares.

Aliás, a doutrina¹⁴⁷ exalta os benefícios da licença-natalidade independente do sexo do genitor, pois seriam extirpados os questionamentos que surgem frente à homoparentalidade, quando o beneficiado é um homem, ou é um casal masculino ou feminino. Cessam, assim, as dúvidas sobre a quem conceder a licença e por quanto tempo, nas hipóteses de adoção ou reconhecimento da dupla parentalidade por casais homoafetivos.

O TRF da 3^a Região já concedeu licença de 120 dias a servidor público federal que vivia em união homoafetiva e adotou uma criança. No citado ‘*decisum*’ foi destacado que mais do que garantir a isonomia, a concessão da licença assegura o indispensável convívio da criança com o pai e consequente desenvolvimento saudável do menor, como aparece na transcrição do trecho a seguir:

Agravo de Instrumento. Servidor. Adoção ou Guarda de Criança. Licença remunerada de 120 dias. Concessão. Direito do Filho. Casal Homoafetivo. Discriminação. Vedação. 1. A licença é direito também do filho, pois usa finalidade é “proporcionar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança” (TRF da 3^a Região, MS n^o 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 dias (cento e vinte) dias de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado dos primeiros meses de vida, sob o fundamento de fatal imprevisão inconstitucional ou legal para a concessão de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo [...]. Agravo de Instrumento provido restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União. (AI 00327631520124030000, Des. Federal André Nekatschalow, TRF 3- 5^a Turma, e-djf3 judicial 1, data:17.06.2013)

¹⁴⁷ DIAS. Maria Berenice. **Um Estatuto para a Diversidade Sexual**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/84__4ec20ed3343eb233bcc024c20c2614be.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013, p. 7.

Seguindo essa tendência, a lei nº 12.873, de 25 de outubro de 2013, deu um primeiro passo nesse sentido, pois garante o recebimento de salário-maternidade para mulheres e homens adotantes e para casais formados por pessoas do mesmo sexo. Sufragada pelo exemplo do Direito Comparado, a citada lei garante a concessão de salário-maternidade de 120 dias para o segurado ou segurada da Previdência Social que adotar um filho, independente da idade da criança.

A novel lei ratifica a isonomia na medida em que equipara homem e mulher no direito ao benefício em caso de adoção. Por exemplo, se em um casal adotante, a mulher não é segurada do Regime Geral da Previdência Social, mas o marido é, ele pode requerer o benefício e ter o direito ao salário-maternidade reconhecido pelo órgão previdenciário, sendo afastado do trabalho durante a licença para cuidar da criança. A mesma regra vale para casais adotantes do mesmo sexo, o que mais uma vez corrobora o critério antidiscriminatório, assente perante o Legislativo.

A referida lei também estende para o cônjuge ou companheiro o pagamento do salário-maternidade no caso de falecimento da segurada ou segurado. Até então, com a morte do segurado, pagamento do salário-maternidade era cessado e não podia ser transferido. Com a transferência, o pagamento do benefício ocorrerá durante todo o período ou pelo tempo restante ao qual teria direito o segurado falecido. No entanto, para que o cônjuge tenha direito a receber o benefício ele deverá ser segurado da Previdência Social. Patente exemplo de promoção da igualdade de gênero que merece ser festejado.

6.3.ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA

6.3.1 A Inexistência de Norma Proibitiva e o Preenchimento dos Requisitos Legais

O estabelecimento da união homoafetiva traz à baila outro tema extremamente polêmico: a adoção por casais homossexuais¹⁴⁸. Não existe na legislação brasileira nenhum

¹⁴⁸ Foi divulgado recente estudo realizado pela Universidade do Texas, capitaneado pelo Professor Markregneros e publicado pela Revista *Social Science Research*, no qual foram examinados aproximadamente 3.000 filhos de adultos e 08 diferentes estruturas familiares, no qual restou revelado que as crianças que permanecem com as famílias biológicas intactas tinham melhor educação e, saúde física e mental, menos experiência com drogas, menor envolvimento em atividade criminosa e relatavam melhores e maiores níveis de felicidade, do que filhos de mães ou pais homossexuais. Disponível em: <<http://sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610>>. Acesso em: 28 out 2013.

artigo que autorize ou negue a adoção de crianças por casais do mesmo sexo. Porém, mais uma vez, a leitura do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que todos são iguais perante a lei, conjugado com o artigo 226, que protege a família como instituição, são utilizados como sustentáculo em várias decisões judiciais favoráveis, autorizando a adoção.

Destarte, o preconceito em relação à adoção pelos homossexuais decorre de um fator cultural e não inexistência de norma autorizativa. Na hipótese, depara-se com o receio, que muitos têm, de que os pais homossexuais influenciariam no comportamento sexual do filho adotado, de modo a torná-lo homossexual, ou ainda, como cita Luiz Figueirêdo¹⁴⁹, de que possam abusar sexualmente da criança. A questão já foi enfrentada pela jurisprudência que decidiu de maneira irretorquível, a saber:

[...] O fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. [...] vêm com todo este formalismo e apelo moral, mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. [...] precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais héteros têm nos dado seguidos exemplos de maus-tratos às crianças [...] não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. (STJ. REsp. 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; trecho do voto do Min. João Otávio Noronha; 4ª Turma, p. 10.08.2010)

Mais uma vez, é válido trazer a colação os ensinamentos da professora Maria Berenice Dias¹⁵⁰, que adverte acerca da postura preconceituosa e discriminatória e sinaliza que, quem a comete, incorre em duas ordens de inconstitucionalidade, quais sejam: impedimento aos parceiros do mesmo sexo do direito constitucional à família (Art. 226, CF) e a privação da garantia às crianças e aos adolescentes do direito à convivência familiar (Art. 227, CF).

Deve-se mencionar, também, o estudo de Kevin F. Mcneill¹⁵¹, em que o autor, após extensa revisão da literatura existente nos Estados Unidos¹⁵², proveniente de inúmeras áreas, conclui pela inexistência de diferenças significativas entre o exercício da paternidade por heterossexuais e por homossexuais.

Neste interessante e exaustivo trabalho, o professor americano, após estimar que ao menos 50 milhões de norte-americanos são homossexuais ou possuem íntimas relações

¹⁴⁹ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. , 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 86.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. p. 10. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1459&isPopUp=true>. Acesso em: 26 ago. 2012

¹⁵¹ MCNEILL, Kevin *apud* RIOS, *op. cit.*, 2001, p. 130.

¹⁵² A Academia América e as Universidades da Virgínia (EUA) e Valência (Espanha) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por pessoas do mesmo sexo e ambos os estudos apontam que o que realmente importa em relação a criança é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam os menores e seus cuidadores. (Cf. voto do Min. Rel. Luiz Felipe Salomão, REsp. 889.852-RS, STJ, 4ª Turma, j. 27.04.2010).

familiares com alguém homossexual, demonstra que a literatura mais recente revela existirem muito mais semelhanças do que diferenças entre mães heterossexuais e homossexuais. Aponta também que as pesquisas consideram, na avaliação do desenvolvimento das crianças criadas por homossexuais, critérios como identidade de gênero, papel social assumido, desenvolvimento emocional, inteligência, autoestima e independência. Em desacordo com os preconceitos vigentes, sua pesquisa descreve que a maioria dos estudos conclui que o desenvolvimento individual e a integração das crianças nas suas comunidades não apresentaram diferenças significativas ou dificuldades relevantes derivadas da criação por pais homossexuais.

Por fim, a ideia de que a orientação sexual do adotante acarretaria dificuldades insuperáveis à criança quando de sua inserção social foi referida acima, quando se mencionarem os estudos de Kevin McNeill, que demonstram inexistir diferenças significativas quanto à inserção na comunidade e a orientação sexual dos pais.

É mister, além disso, chamar atenção para a lógica altamente discriminatória e excludente que forma este argumento. Ideias desse tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamentos entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e de negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir em uma sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios.

Todos esses dados conduzem mais uma vez à afirmação pela proibição de discriminação por orientação sexual em se tratando de adoção por homossexuais, devendo ser dispensado idêntico tratamento na avaliação de candidatos à adoção, sem depender da orientação sexual. Isso decorre do princípio da igualdade, que impõe tratamento igual diante de situações semelhantes, nas quais as diferenças encontradas não são suficientes para justificar diversidade de tratamento.

Com efeito, as discriminações verificadas em matéria de adoção, fundadas tão-só na orientação sexual do adotante, por constituírem preconceito infundado, revelam-se arbitrárias e sujeitam-se à decretação de nulidade jurídica, por ofenderem diretamente o princípio constitucional da igualdade.

6.3.2 A Desnecessidade de Aferir a Orientação Sexual dos Adotantes

Dentre os requisitos essenciais para a adoção, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não está à necessidade da diversidade de gênero entre os adotantes.

Assim, não há expressamente um requisito que determine a heterossexualidade como item fundamental para adotar, mesmo porque tais requisitos não dizem respeito à orientação sexual dos adotantes, mas, sim, a questões mais importantes, ligadas à busca do melhor interesse do menor. Vale dizer, o escopo galgado com a adoção é de tirar o menor da situação de abandono e procurar conferir-lhe as vantagens da boa convivência em família.

É possível verificar que no artigo 42 do ECA não há restrições decorrentes da orientação sexual, a saber: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do seu estado civil”. Portanto, a lei nada menciona quanto à orientação sexual do interessado. Logo, observa-se a possibilidade da adoção por homossexuais, já que, como já mencionado no item anterior, um casal homossexual poderia desempenhar seu papel em criar uma criança ou adolescente no mesmo “nível” ou ainda melhor do que um casal heterossexual, sendo obstáculo apenas a cultura social, que insiste no preconceito.

Nesse mesmo sentido, Enéas Castilho Chiarini Júnior¹⁵³ assegura a equiparação da adoção por homossexuais ou heterossexuais, a saber:

Pela analogia, conclui-se que é possível equiparar a adoção por homossexual à adoção por heterossexual, posto que o único elemento discrepante é a orientação sexual do adotante, o qual não é o elemento essencial da adoção, de forma que ambas são exatamente iguais (o que leva a concluir que, na realidade não existe qualquer lacuna no direito, estando devidamente legislado o direito dos homossexuais à adoção).

A analogia, desse modo, é o elemento integrador da norma que permanece. Assim, a orientação sexual do adotante, a qual, repita-se, não é elemento essencial para a adoção, atentando-se ao artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657/42), que diz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Complementado pelo artigo 5º dessa mesma lei: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Enéas Castilho Chiarini Júnior¹⁵⁴ prossegue dizendo que ainda pelos costumes também seria possível o deferimento da adoção a casais homossexuais, posto que a sociedade, em parte, está aceitando esse tipo de entidade familiar. Pelos princípios gerais de direito (isonomia, não discriminação por orientação sexual e legalidade, todos expressos na Constituição Federal de 1988), não é possível a privação desse direito.

¹⁵³ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 80, 31 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4302>>. Acesso em: 20 out. 2012, p. 33.

¹⁵⁴ CHIARINI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 36.

De igual modo, o ECA, que busca resguardar a dignidade da criança e do adolescente com um lar seguro, que ofereça amor e carinho, entende que é prescindível a orientação sexual do indivíduo acolhedor para aferir tais condições.

A respeito do assunto, o Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Adauto Suannes¹⁵⁵ pondera:

E o que justifica a indiferença do Estado diante de uma realidade fática que está a exigir regramento jurídico, dado seu evidente conteúdo ético? Quem sustentará hoje que uma criança estará tendo uma formação mais condizente com as exigências do futuro se for deixada na guarda de duas pessoas de sexos distintos? Quem trabalhou ou trabalha em Vara de Família ou em Vara de Infância e Juventude sabe muito bem que a heterossexualidade dos pais não é garantia de quase nada. Um casal de homossexuais que dispense amor e respeito à criança atenderá, certamente, com muito mais segurança o pretendido pelo legislador constituinte ao estatuir no artº 227 sua especial preocupação com a criança e o adolescente do que um casal composto de heterossexuais que vivam em um relacionamento sado-masoquista como tantos que frequentam consultórios psiquiátricos.

Frise-se, que a inexistência de previsão legal específica a permitir a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, também, pode ser encontrada em diversos outros países, e que não representa obstáculo à concessão da adoção homoafetiva, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e algumas províncias da Espanha¹⁵⁶. Assim, a lacuna legal não se mostra como obstáculo ao dever de proteção que impende ser proporcionado pelo Estado, aos direitos dos adotantes e adotados.

Logo, impossível deixar de reconhecer que não existe no ordenamento uma norma jurídica protetiva da adoção que leve em consideração a orientação sexual do adotante. Decorre daí uma realidade fenomênica que o judiciário não pode desprezar e que deve verificar a melhor solução para privilegiar a proteção aos direitos da criança, afastando-se a orientação sexual como critério de exclusão e voltando-se para consagrar a direção civil constitucional.

6.3.3 A Busca do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Visando driblar o preconceito e diante da dificuldade da adoção conjunta, pares homoafetivos se acostumaram a buscar outros caminhos para conseguir realizar o sonho de ter

¹⁵⁵ SUANNES, Adauto. **Homossexualismo e concubinato**. p. 8. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JULHO/2307/ARTIGOS/A03.htm>>. Acesso em: 10 ago 2012

¹⁵⁶ Trecho retirado do voto do Min. Luis Felipe Salomão, Relator do processo REsp. 889.852-RS, STJ, 4ª Turma, j. 27.04.2010.

filhos. Normalmente uma das partes, sozinha, entrava com o pedido de adoção e mascarava o fato de ter um companheiro ou companheira do mesmo sexo.

O ECA, por sua vez, também não traz expressamente nenhuma norma que possibilite a adoção conjunta por casais em união homoafetiva, mas também não veda. Segundo a opinião de Edenilza Gobbo¹⁵⁷:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula a adoção de menores, não faz restrição alguma, seja quanto à sexualidade dos candidatos, seja quanto à necessidade de uma família constituída pelo casamento como requisitos para adoção [...] É evidente que a adoção por homossexuais é possível e também justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor. E esses atributos são inerentes à qualquer ser humano, seja ele hetero ou homossexual.

No entanto, a adoção por casais homossexuais vem sendo concedida, não havendo mais a necessidade de que oculte sua orientação sexual para habilitação, já que ela, em tese, em nada influencia nos critérios exigidos por lei. “Assim, é deferida a adoção sem atentar que a criança irá viver num lar formado por duas pessoas do mesmo sexo e que será criada e amada por ambas¹⁵⁸”.

O fundamental para os filhos é que as funções maternas e paternas sejam devidamente desempenhadas, e, na atualidade, pode-se perceber que tais funções nada têm a ver com o sexo das pessoas. Além de existirem várias famílias monoparentais, existem aquelas pessoas que são inesperadamente obrigadas a cuidar de uma criança, seja por acidente ou morte de amigos, parentes próximos ou até mesmo abandono do menor. Nessas situações, cria-se um vínculo afetivo especial. Logo, é fácil concluir que: “A paternidade não é só aquela existente da concepção e sim de quem cria, ama e educa formando a criança ou adolescente em um cidadão digno com plenas condições de encarar o mundo¹⁵⁹”.

Considerando tais fatos, os casais homossexuais, podem desempenhar seus papéis do mesmo modo como um casal heterossexual, ou ainda melhor.

Segundo o artigo 43 do ECA, a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Vale dizer, é melhor para uma criança que vive na rua, em abandono ou em situação de maus tratos, ter uma família, do que ser mantida em condições precárias, apenas pela odiosa razão fundada no preconceito de gênero.

¹⁵⁷ GOBBO, Edenilza. A adoção por casais homossexuais. **Consulex**. São Paulo, n. 47, nov. 2000, p. 8.

Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1258476700>>. Acesso em: 29 ago. 2013,

¹⁵⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁹ *Idem*, p.13.

Com efeito, a busca do melhor interesse para a criança e o adolescente é um princípio de natureza normativa, cuja orientação deve pautar os aplicadores do direito sempre que se pretenda analisar uma situação jurídica envolvendo o interesse de menores.

Como explica o Juiz Siro Darlan de Oliveira em louvável decisão:

ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER – O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de **Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e apresenta reais vantagens para o Adotando**, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercitar o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. Julgado procedente o pedido na inicial. 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro Processo nº 97/1/03710-8/ Juiz Siro Darlan de Oliveira. Julgado em 20 de agosto de 1998. (Disponível em: <http://www.mariaberence.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2012). (grifos adicionados)

É possível analisar a publicação do desembargador Rui Portanova do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por ocasião do 9º Encontro Nacional de Associações e Grupos de Apoio à Adoção (ENAPA), em Belo Horizonte, nos dias 12 a 15 de maio de 2004. O encontro foi promovido pela Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, através da Comissão Executiva Judiciária de Adoção (CEJA), pela entidade italiana Nova, que atua no campo de adoções internacionais. Contou com o apoio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Ministério Público de Minas e da Associação dos Magistrados Mineiros (TJ-MG). Ocasão em que o referido desembargador explicou que como não há norma que proíba homossexuais de adotarem uma criança, esse fato é juridicamente possível. Para pessoas solteiras, não há problema algum, a lei faz referência apenas à idade: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”, de acordo com o artigo 42 da lei 8.069/1990, sem, contudo, haver norma expressa autorizativa específica em relação aos homossexuais.

Segundo Rui Portanova¹⁶⁰, quando há uma lacuna na lei, o juiz deve decidir usando analogia como já assinalado. Alguns magistrados consideram que o mais próximo de uma união de homossexuais seria a sociedade de fato. Mas, para o mencionado jurista, como é uma relação que envolve amor, o que seria mais semelhante na lei, é a união estável.

¹⁶⁰ PORTANOVA, Rui *apud* RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes da aplicação da adoção no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 291-314.

Segundo o referido desembargador, é o conceito de união estável que viabiliza juridicamente esse tipo de adoção. O artigo 42 § 2º do ECA dispõe que “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenha união estável, comprovada a estabilidade de família”.

Rui Portanova¹⁶¹ lembra também que o direito não é composto somente pelas leis, “o direito é fato, valor e norma, é a conjugação dessas três dimensões”. Para ele, no caso da adoção, o que deve sempre prevalecer é o princípio do melhor interesse da criança.

José Luiz Mônaco da Silva¹⁶² também defende a adoção por pares homoafetivos. De acordo com o doutrinador:

Nosso ordenamento jurídico não enfrenta a questão da homossexualidade. Vale dizer, não há nenhuma regra legal no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente que permita ou proíba a colocação do menor em lar substituto cujo titular seja homossexual. [...] A nosso ver, então, o homossexual pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente. Existe também uma grande resistência por parte da sociedade em relação a esse tipo de adoção. É normal que exista um temor de futuras reações comportamentais e transtornos psicológicos para a criança. Mas tal temor não pode por si só ser motivo para ir contra algo tão grandioso e solidário como a adoção.

Edenilza Gobbo¹⁶³ entende a adoção por homossexuais não ser apenas possível, mas também justa:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula a adoção de menores, não faz restrição alguma, seja quanto à sexualidade dos candidatos, seja quanto à necessidade de uma família constituída pelo casamento como requisitos para adoção [...] É evidente que a adoção por homossexuais é possível e também justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor. E esses atributos são inerentes à qualquer ser humano, seja ele hétero ou homossexual.

Maria Berenice Dias¹⁶⁴ destaca os pontos negativos de impedir que essa modalidade de adoção ocorra, *in verbis*:

Impedir significativa parcela da população que mantém vínculos afetivos estéreis de realizar o sonho da filiação revela atitude punitiva, quase vingativa, como se gays e lésbicas não tivessem condições de desempenhar as funções inerentes ao poder familiar. Também acaba negando a milhões de crianças o direito de sair das ruas, de abandonar os abrigos onde estão depositadas, sonhando-lhes o direito a um lar e a chance de chamar alguém de pai ou de mãe.

¹⁶¹ PORTANOVA, Rui *apud* RODRIGUES, *op. cit.*, p. 304.

¹⁶² DA SILVA, José Luis *apud* RODRIGUES, *op. cit.*, p. 291-314.

¹⁶³ GOBBO, Edenilza, *op. cit.*, nov. 2000, p. 122. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1258476700>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

¹⁶⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 15.

A multicitada jurista gaúcha¹⁶⁵ ressalta que as dificuldades criadas não decorrem de empecilhos legais; são, sim, frutos de um referencial preconceituoso arraigado:

A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção.

Na opinião de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶⁶, a ordenação jurídica, para estar mais próxima do ideal de justiça, e, afinal, cumprir sua função básica, deve estar voltada, antes das regras morais e estigmatizantes, para a libertação dos sujeitos, a fim de que se cumpra a ética do Direito.

Em suma, o que se defende é que deve prevalecer o bem-estar do adotando, levando em consideração sua atual condição de vida e como seria se vivesse em um novo lar, no qual é querido, amado e bem tratado, seja ele proporcionado por pessoas do mesmo sexo ou não.

É preciso pensar no futuro do adotando, pensar no carinho e cuidado que ele irá receber das pessoas que o desejam e lembrar que o amor poderá fazer dessa criança um ser humano melhor. Elementos estes que deveriam prevalecer sobre qualquer preconceito social e moral, levando sempre em consideração a busca do melhor interesse para o menor.

A Lei Nacional de adoção, Lei 12.010/09, não avançou na matéria, pois, em vez de facilitar e viabilizar a concreção dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como da solidariedade familiar, atribui a adoção o *status* de medida excepcionalíssima e subsidiária, chegando a repetir em seu texto por onze vezes a prioridade da família natural.

A burocratização do procedimento é repreendida por grande parte da doutrina, que chegam a apontá-la como veículo de inviabilização retrógrado¹⁶⁷, como é o caso da adoção internacional: “[...] que diante de tantas regulamentações e imposição de entraves e exigências legais, será dificilmente deferida na prática”.

Os pontos mais criticados de burocratização do instituto foram sistematizados pela doutrina especializada¹⁶⁸, são eles:

a) Art. 13, Parágrafo Único do ECA: A mãe ou gestante que deseja entregar os filhos à adoção deve ser encaminhada para a Justiça da Infância e Juventude.

¹⁶⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 31. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 153.

¹⁶⁷ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 291-314.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 304.

b) Art. 166, parágrafo 2º do ECA: O consentimento dos pais ou representantes legais precisa ser precedido de aconselhamento prestado por equipe interdisciplinar da Justiça da Infância e Juventude.

c) Art. 166, §3º do ECA: Tal consentimento não pode se dar por escrito. É imprescindível que seja colhido em audiência, perante o juiz e o Ministério Público, depois de esgotados os esforços para manter o menor em sua família natural.

d) Art. 46, §1º e 2º: Não é possível mais a dispensa do estágio probatório, a não ser que o menor esteja sob tutela ou guarda legal do pretendente à adoção. A guarda de fato não autoriza tal dispensa. Além disso, nos termos do art. 46, §4º do ECA, o estágio precisa ser acompanhado por equipe interdisciplinar e por equipe técnicos responsáveis pela política de garantia do direito à convivência familiar.

e) Art. 197-A e seguintes do ECA: A habilitação dos pretendentes à adoção assumiu o caráter de procedimento judicial, condicionado à realização de audiência requerida pelo Ministério Público e de preparação psicossocial e jurídica dos pretendentes.

Não bastasse tudo isso, a Nova Lei de Adoção repetiu o equívoco do art. 1622 do CC, que autoriza a adoção conjunta apenas para pessoas casadas ou que vivam em união estável, o que não afasta a adoção homoparental, diante da interpretação conforme a Constituição dada pelo STF no que concerne ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132. Todavia, mais uma vez dificulta o que poderia ser fácil.

Ninguém duvida de que a retirada do menor da sua família natural deve vir cercada de cuidado e cautela, portanto, deve ser medida excepcional. Todavia, quando a convivência natural se revela inviável, a colocação da criança ou adolescente em família substituta merece agilidade com o intuito de efetivar-se a Doutrina da Proteção Integral. Crítica essa apontada por Maria Berenice Dias¹⁶⁹:

Ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem juntos a quem lhes trouxe ao mundo. Mas há uma realidade que precisa ser arrostada sem medo. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou desaconselhável, melhor atender ao interesse de quem a família não deseja ou não pode ter consigo, ser entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-los como filhos. A celeridade deste processo é que garante a convivência familiar deste constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (art. 227).

Fato é que a realidade brasileira aponta um número muito mais elevado de adoções não institucionalizadas por casais homoafetivos do que aqueles revelados nos índices oficiais. De tal modo, os entraves criados pela lei nova, longe de resolver a contenda, a incrementa, pois estar à margem da proteção legal pode se revelar um problema futuro nas questões ligadas a sucessões, exercício do poder familiar, inclusão do infante como dependente em plano de saúde, entre outros. Assim, o silêncio legislativo em relação à permissão de casais do

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 209.

mesmo sexo adotar não se revela impeditivo, pois verificado o preenchimento dos requisitos impostos em lei, a adoção poderá ser deferida mesmo após a lei novel.

Complementando o assunto, Maria Berenice Dias¹⁷⁰ acrescenta que há em todos uma busca frenética de ser feliz. O ser humano necessita de carinho e de amor para viver e ser feliz. Então, que se possa desejar felicidade aos menos favorecidos, àquelas pessoas que não podem ter filhos com seus parceiros e que mesmo assim, sentem vontade e tem condições financeiras para criar e educar uma criança, proporcionado um ambiente saudável e harmonioso para aquele menor. Nesse sentido, a adoção é muito mais que um ato jurídico, é verdadeiramente um ato de amor, doação e dedicação, que não se coaduna com qualquer vedação de ordem moral.

Enfim, é possível verificar a evolução da adoção por homossexuais com várias decisões favoráveis em todo o Brasil. Nas quais, os juízes levam em conta o comportamento das pessoas envolvidas afetivamente com a criança, sem que ordens morais interfiram nas situações reais dos casos concretos. É, assim, que todos deveriam pensar e agir quando se depararem com a hipótese, como se vê:

TJRS - AI 70018249631 - FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido¹⁷¹.

Habilitação unilateral em cadastro de adoção por parte de requerente que mantém união homoafetiva. Possibilidade. Avaliações técnicas favoráveis. Equiparação da relação homoafetiva à união estável. Recurso não provido. (TJSP, AP 9000003-34.2011.8.26.0576, Rel. Silveira Paulilo, j. 30/01/2012).

As guardiãs de A. não esconderam o fato de manterem relacionamento homossexual, ao passo que a guardiã de A. estava enfrentando outros tipos de problemas. [...] O que se discute é a conveniência ou não da adoção pela recorrente. E, ao que se extrai, o seu deferimento representa reais vantagens para A., consistentes no efetivo restabelecimento e fortalecimento dos vínculos afetivos que já entrelaçaram suas vidas. O período de mais de três anos de “estágio” demonstrou ser possível a convivência familiar, que pode transparecer não ser a mais adequada, como a realidade da grande maioria de famílias naturais que, mesmo não sendo perfeitas, proporciona carinho, amor e estrutura emocional a seus componentes (TJSP, AP 123.719-0/9-00, Rel. Des. Paulo Alcides, j.17/07/2006).

TJRS - Processo 70013801592 - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice *op. cit.*, p. 212.

¹⁷¹ Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2012.

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)¹⁷². (grifos adicionados)

Em tempos passados, a adoção tinha como objetivos a perpetuação da família, a transmissão de patrimônio, hoje, tem como objetivos oferecer alguém que, por ironia do destino, perdeu sua família natural ou foi preterida, a ter um ambiente familiar favorável para seu desenvolvimento, onde pode ser acolhida, protegida e, principalmente, muito amada.

A decisão paradigma do STF, em maio de 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar só reforçou o que já previa a Constituição. Pois, ao vedar a discriminação por sexo, raça, cor e origem e inserir o princípio de igualdade entre os direitos fundamentais dos cidadãos, a Constituição também passou a ensejar a adoção por pessoas homoafetivas como efeito correlato.

Com intuito de extirpar preconceitos, é preciso direcionar esforços no sentido de que sejam substituídas expressões “pai” e “mãe” no registro de nascimento e a passar a constar a expressão “filiação”. Evitando, assim, qualquer situação discriminatória para adotantes e adotados e de maneira definitiva ser coroada, também nesse ponto, a dignidade da pessoa humana. Trilhando as sendas abertas pelo legislador constitucional, de forma humanista e garantista, nota-se que a adoção homoafetiva prestigia a convivência familiar, estabelecendo um viés afetiva da relação filial e sensível ao ideal libertário e não discriminatório.

6.4 A VIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NOME PARA TRANSEXUAIS E O USO DO NOME SOCIAL

Segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, o transexualismo é definido da seguinte forma:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (CID-10, F 64.0)¹⁷³

¹⁷² Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2012.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 21 ago 2012.

Essa inadequação entre o sexo biológico e o psíquico faz com que o indivíduo transexual busque tratamento médico, cuja indicação cirúrgica de adequação sexual é o caminho recomendado. Procedimento cirúrgico esse que não é novo, pois, em 1917, Harold Gillies realizou a primeira cirurgia de transgenitalização. Tratou-se de uma vaginoplastia, cirurgia na qual um transexual originariamente portador da genitália externa masculina passou por uma reconfiguração feminina.

A primazia de Gillies na transgenitalização masculina para o feminino se repetiu em 1919, ocasião em que realizou a primeira faloplastia noticiada (transgenitalização da genitália feminina para a masculina). O procedimento teria sido aplicado a Laura Dillon, que, a partir de então, pôde ter a conformação física aspirada, que lhe permitiu assumir o prenome de Michael.

O IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado em São Paulo no ano de 1974, classificou como mutilante – e não como corretiva – a cirurgia para troca de sexo. Tipificada como lesão, sob o ponto de vista penal, a conclusão a que se chegou foi que a intervenção feriria o Código de Ética Médica.

Sob este prisma, alcançou grande repercussão a condenação do cirurgião plástico Roberto Farina à pena de dois anos de reclusão por infringência ao art. 129, § 2º, do Código Penal. O médico acabou processado, porque, no XV Congresso de Urologia realizado, em 1975, exibiu um filme de uma cirurgia de reversão, referindo que já a havia realizado em nove pacientes. Nesse processo, destacou-se o lúcido parecer exarado pelo jurista Heleno Cláudio Fragoso, que entendeu que o réu atuou dentro dos limites do exercício regular do direito (art. 23, III, do CP), não praticando crime algum. O jurista afirmou que a condenação revelava a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 06/11/1979, acabou por absolver o acusado, por decisão majoritária, *‘in verbis’*: “Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica¹⁷⁴”.

Em face desse precedente e das restrições da classe médica, os interessados em se submeter a tal cirurgia passaram ou a buscar outros países para sua realização ou a se socorrer

¹⁷⁴ Trecho da sentença extraída da obra de VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito a adequação do nome e sexo de "Roberta Close"**. São Paulo: Centro de Estudos em Bioética e Direito. Disponível em: <www.cebd.com.br/si/site/bdados?codigo=7&ver=9> Acesso: 12. nov. 2013.

da via judicial, pleiteando a expedição de alvará, por meio de procedimento de jurisdição voluntária para que a cirurgia fosse realizada no Brasil.

Somente a partir da Resolução nº 1.482, de 10/9/1997, o Conselho Federal de Medicina autorizou, a título experimental, a cirurgia de readequação sexual em transexuais no Brasil. Considerando ser o paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo, foi reconhecido que a transformação é terapêutica e, não havendo lei que a defina como crime, inexistiu afronta à ética médica.

Na realidade brasileira, atualmente, para que seja diagnosticada a transexualidade (e via de consequência possibilitada a transgenitalização), a equipe multidisciplinar deve verificar determinados pressupostos, enumerados ao longo dos incisos do artigo 3º da Resolução 1.652 do Conselho Federal de Medicina que explicitam o seguinte:

- I) desconforto com o sexo anatômico natural;
- II) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- III) permanência desses distúrbios contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- IV) ausência de outros transtornos mentais.

Do que se assenta nos incisos acima colacionados, fácil perceber que não basta apenas a vontade do paciente para que seja autorizado o ato cirúrgico, é necessário a caracterização de uma desconexão física entre o sexo físico e o psíquico. O desejo de se tornar alguém diferente da inscrição cromossômica deve ser tal que, se negado, pode levar a estados de depressão e propensão para a automutilação. Vale destacar que a cirurgia somente poderá ser realizada em hospitais públicos ou privados, que tenham atividades voltadas para pesquisa científica. Tal imposição parece positiva, já que limita a possibilidade de utilização do procedimento por clínicas de apelo meramente estético ou hospitais sem o devido aparato técnico-científico.

Além da adequação sexual através de procedimento cirúrgico e/ou hormonal, também é necessária uma conformação nominal a fim de evitar constrangimento quanto ao uso do nome, o qual é substitutivo que se emprega para designar as coisas e as pessoas. O 'nome' adquire relevo especial, do ponto de vista jurídico, quando serve para individualizar pessoas. Este é justamente o primeiro aspecto a ser evidenciado, isto é, o nome tem importância como o sinal designativo que permite a individualização da pessoa humana. Constituindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade do indivíduo.

Por essa razão, reconhecer-se um 'direito ao nome' significa, em primeiro lugar, considerá-lo um elemento da personalidade individual. Nessa medida, o nome não serve

apenas para designar a pessoa e desempenhar o papel de tornar possível o cumprimento do dever de identificação social, como também, e, principalmente, para proteger a esfera íntima e o interesse da identidade do indivíduo, direito esse inerente a sua personalidade¹⁷⁵.

Assim, para os indivíduos transexuais, mesmo antes da cirurgia de transgenitalização, surge a questão da alteração de prenome e desígnio de gênero nos documentos pessoais do interessado. Matéria essa desprovida de previsão legal específica. Entretanto, e, nada obstante a esse silêncio legislativo brasileiro sobre o assunto, o Judiciário, que tem a seu dispor mecanismos de integração, vem se manifestado sobre o tema de maneira favorável.

O mais rumoroso caso acerca do tema que se tem notícia é o de Roberta Close, que em razão da notória exposição na mídia, por tratar-se de símbolo sexual da década de 80 tornou-se emblemático. A cirurgia de transgenitalização de Roberta ocorreu na Inglaterra em 1989. Após o procedimento cirúrgico, foi proposta a demanda visando à mudança de nome e de sexo, que, inicialmente, aduziu entendimento contrário à mudança de nome e de sexo de Luís Roberto Gambine Moreira, que aspirava chamar-se Roberta Gambine Moreira. Na primeira instância, a juíza Conceição Aparecida Mousnier (à época titular da 8ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro e, hoje, desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado) esposou entendimento no sentido de procedência da mudança pretendida. Em Apelação Cível, contudo, a 8ª Câmara Cível do TJRJ pugnou, em julgamento ocorrido em 10 de maio de 1994, pela manutenção do nome e do sexo constantes do registro de nascimento¹⁷⁶.

Não obstante a decisão desfavorável à parte autora na jurisdição fluminense, o pedido foi repisado no mesmo órgão jurisdicional, em 2001, conforme relata Tereza Rodrigues Vieira¹⁷⁷. Uma possibilidade que se abriu por se tratar de um processo de jurisdição voluntária, no qual não se fala de coisa julgada material¹⁷⁸. Julgado em 04 de março de 2005,

¹⁷⁵ TJPR, Apelação Cível nº 895.826-1, Rel. Des. Rosana Mara Giardini Fachin, 12ª Câmara Cível – j. 31.10.2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 out. 2013.

¹⁷⁶ Registro Civil. Assento de nascimento. Retificação. Mudança de sexo em decorrência de cirurgia de ablação da genitália masculina. Pedido Improcedente. (Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1993.001.04425. 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Carlos Guimarães. Rio de Janeiro, 10/05/94). Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso: 22 nov.2013.

¹⁷⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo: Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2012, p. 157.

¹⁷⁸ A desmistificação da coisa julgada perpassa a superação da premissa sobre a qual por muito tempo se fundou essencialmente o direito: segurança. Não que a segurança tenha deixado de importar ao direito, mas, hoje, ela assume o papel de realizadora de justiça. Deve-se preservar, sim, as decisões que sejam realizadoras dos valores constitucionais.

pela juíza da 9ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro, Leise Rodrigues Espírito Santo, que destaca acerca da coisa julgada¹⁷⁹ o seguinte:

[...] não obstante a coisa julgada versar sobre questão de ordem pública já superada, se faz mister registrar que **o pedido formulado é referente ao estado de pessoa**, e que a ação manejada admite revisão quando presentes os requisitos legais autorizadores da modificação jurídica pretendida, **por se encontrar inserida no âmbito da jurisdição voluntária**. [...] **Não há como afirmar que a coisa julgada foi atingida, primeiramente, como já foi dito, ela sequer foi formada, ademais, a evolução da medicina e precisão dos técnicos da perícia, deixam claro que a presente ação tem novo fundamento.** (grifos adicionados)

A sentença em comento assevera que o direito deve sempre buscar a verdade. Não apenas a verdade biológica, mas, sim, a verdade que está inscrita na intimidade das pessoas, notadamente suas racionalidade e autonomia. Uma verdade que não deve ser buscada apenas no corpo do direito e sua pretensão de completude, mas que deve contemplar, sem qualquer dúvida, a interseção do direito com outras disciplinas. Este é um meio da matéria se fazer autopoietica, no exato sentir do que propugnou a magistrada:

[...] em face da unanimidade dos pareceres e laudos médicos, resta inequívoco que a parte requerente não possui tão somente perfil psicológico feminino, mas também possui caracteres biológicos próprios de uma mulher, sendo, portanto, indiscutível seu direito de pleitear a alteração de nome civil e sexo¹⁸⁰.

Os inúmeros julgados favoráveis que se seguiram são conclusivos no sentido de que mais do que a cirurgia de ablação do sexo biológico, o perfil psicológico do gênero pretendido pela alteração são fundamentalmente aquilatados pelo magistrado com o intuito de eliminar as situações de constrangimento, com intensa dor moral ao ter que exibir no meio social identidade que não é a sua realidade, mas decorrente de assento de cartório desconforme.

As decisões se pautam por princípios que estão na base constitutiva da República Brasileira, merecendo destaque a Dignidade da Pessoa Humana e as dimensões positivas e negativas desse princípio, não fazendo qualquer sentido a negação da realidade psicofísica. Destaca-se a referência ao artigo 2º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que foi aprovada em 11 de novembro de 1997:

Todos têm o direito ao respeito por sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade. (grifos adicionados)

¹⁷⁹ ESPÍRITO SANTO, Leise Rodrigues *apud* VIEIRA, *op. cit.*

¹⁸⁰ *Idem.*

A citada declaração é fundamental, pois ratifica que o homem é realidade biológica, mas que não se reduz a isto. Dizer que a marca do ser humano é sua racionalidade, a partir da qual se sedimentam a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade. Marca registrada deste e de outros direitos defendidos ao longo desta dissertação, que apontam para efetivação da harmonia pessoal e para o pleno desenvolvimento da capacidade cognitivo-comportamental.

Assim, diante dessa diversidade entre o sexo biológico e o sexo psíquico e atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é assente na jurisprudência o reconhecimento aos transexuais e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente, inclusive de realização da cirurgia de transgenitalização, como se observa nos arrestos abaixo transcritos:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006).

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Deram Provisório. (Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009).

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido à cirurgia de alteração de sexo - Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - Alteração do gênero biológico constante em seu registro de masculino para transexual sem ablação de genitália - Impossibilidade - Sentença reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido" (Apelação Cível nº

3976/2012, 1º Vara Cível de Estância, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Desembargadora Relatora: Maria Aparecida Santos Gama da Silva, Julgado em 09/07/2012).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO - TRANSEXUALISMO - INDIVÍDUO QUE SE SENTE E APARENTA SER DO SEXO FEMININO - TRATAMENTO HORMONAL - RESPEITO À INTEGRIDADE MORAL E À DIGNIDADE HUMANA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AUTORIZA A RETIFICAÇÃO - MODIFICAÇÃO QUE SE RECOMENDA A FIM DE EVITAR CONSTRANGIMENTO PÚBLICO - EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO EM PREJUÍZO DA IDENTIFICAÇÃO FAMILIAR - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1 - O princípio da imutabilidade do registro conta com exceções que facultam ao interessado a correspondente retificação desde que devidamente motivada a pretensão. 2 - Manifestado o distúrbio conhecido como transexualismo, já tendo sido alcançada pelo indivíduo a aparência de mulher, assim conhecido no meio social, em respeito à integridade moral e à luz do mandamento constitucional da dignidade humana, revela-se possível a alteração do prenome constante do registro civil, adequando-se à realidade dos fatos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (Apelação Cível 1.0232.10.002611-0/001, julgamento em 18/09/2012, Publicação da Súmula em 28/09/2012)

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0231.11.012679-5/001, Rel Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, pub. 23/08/2013)

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRETENSÃO À MODIFICAÇÃO DA DESIGNAÇÃO DE SEXO E NOME. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. Pretensão à modificação da designação de sexo e nome. Interesse de agir presente mesmo antes da realização de cirurgia de redesignação de gênero. Obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana de que trata o artigo 1º, III, da Constituição Federal. Definitividade do Registro Civil que recomenda a realização de estudo médico-pericial e psicossocial, bem como a requisição das fichas de atendimento do acompanhamento realizado quando da preparação para a cirurgia de mudança de sexo. Recurso provido, com recomendação. (TJSP, Apelação Cível nº 0007491-04.2013.8.26.0196, Voto do Relator Maia da Cunha)

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça ratifica a possibilidade de alteração do prenome e uso do nome social, assim como do designativo do sexo, em favor de transexual que havia se submetido à cirurgia de transgenitalismo (REsp 1008398/SP - 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009). Repetindo os argumentos favoráveis à dignidade da pessoa humana e a integridade moral do indivíduo.

A sentença de adequação do nome e sexo dos transexuais já é averbada no livro de registro civil de pessoas naturais, sendo também assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos, sem qualquer referência à causa que ensejou a mudança. Nas certidões, não podem constar quaisquer referências à mudança levada a cabo, a não ser a requerimento da parte ou por determinação judicial.

Conclui-se que a análise citogenética é muito limitada para determinar a condição biológica de homem ou mulher, inclusive porque em alguns casos como o da ‘Síndrome de Turner’, na qual a ciência não consegue identificar a perda do cromossomo “X”, que define os caracteres sexuais femininos haveria um hiato. Assim, se entender que a sexualidade humana cinge-se na análise científica é muito restrito e, de igual modo, soa tacanho exigir a cirurgia de transgenitalização como requisito indispensável para a alteração do nome no afã de se negar o reconhecimento do direito a identidade sexual.

A questão da dignidade da pessoa humana se mostra essencial, pois a partir dela o homem não mais pode ser pensado sem a matriz que o caracteriza, particulariza e distingue na escala animal: racionalidade e autonomia. No que concerne aos direitos da personalidade, estão incluídos o nome e o gênero, independente da cirurgia de transgenitalização (vaginoplastia ou faloplastia). Importante, ainda, destacar que no Projeto de Lei nº. 6.655-B, de 2006 não faz menção à necessidade de submissão à cirurgia de transgenitalização para a propositura da ação judicial visando a mudança de nome e de sexo nos documentos pessoais do indivíduo.

Ora, se o prenome tem a função de identificar e individualizar a pessoa perante a família e a sociedade, revelava-se importante fator de autodeterminação, repercutindo nas relações privadas e públicas. Nesse sentido, o direito ao uso do nome social (aquele pelo qual a pessoa é conhecida socialmente, nas suas relações interpessoais) também é garantido aos transexuais, travestis e intersexuais que possuam identidade de gênero distinta do sexo morfológico, pelo qual são reconhecidos e identificados em sua comunidade.

Com efeito, o julgador deve analisar as razões íntimas e psicológicas do portador do nome, e estar sensível à realidade que o cerca e às angústias de seu semelhante. E, na hipótese da transexualidade, a alteração do prenome da pessoa, segundo sua autodefinição tem por escopo resguardar sua dignidade, além de evitar situações humilhantes, vexatórias e constrangedoras. A função política do juiz é, pois, a de buscar soluções satisfatórias para o usuário da jurisdição – sem prejuízo do grupo em que vive, a sua resposta deve chegar o mais próxima possível a permitir a fruição dos direitos básicos do cidadão (art. 5º, X, da CF), eliminando proposições discriminatórias, como a de manter, contra as evidências erro na

conceituação do sexo predominante e do nome do indivíduo em sociedade, satisfazendo a justiça social.

6.5 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O casamento é uma instituição que tem grande importância no processo de construção da identidade pessoal e social dos indivíduos, assim como a união estável¹⁸¹, que é um modelo de constituição familiar mais informal. Ambas, porém, têm importância fundamental para a construção de uma vida em comum com outro ser humano e seu reconhecimento repercute efeitos na seara privada como também na pública. Motivo pelo qual, o reconhecimento destas pelo Estado tem papel de proteção legal e geração de efeitos pessoais e patrimoniais.

Dito isto, convém pontuar que a união entre homossexuais formalizada, isto é, o casamento entre pessoas do mesmo sexo teve o seu primeiro amparo legal nos países escandinavos com destaque para o parlamento dinamarquês que aprovou o *Registered Partnership Act*, em junho de 1989, que estendeu os mesmos direitos entre casais homossexuais exceto o de cerimônia religiosa, bem como o direito de adotar uma criança e o direito de custódia conjunta¹⁸². Destacam-se, também, a Holanda, cuja autorização aconteceu em 2001, logo seguida pela Bélgica¹⁸³, em 13.02.2003. Espanha e Canadá, em 2005, e a África do Sul em 2006. Mais recentemente, em 2010 e 2011, juntaram-se ao grupo a Nova Zelândia, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Islândia, Uruguai, Dinamarca, Suécia, México, Argentina (*Ley de Matrimonio Igualitário – Ley n. 26.618, de 21.10.10*)¹⁸⁴ e Portugal (*Lei n° 09/2010*)¹⁸⁵.

¹⁸¹ A mais balizada doutrina, contemporaneamente, aponta como elementos para o reconhecimento da união estável: a ostensividade, o ânimo de constituir família, a posse do estado de casado, mútua assistência, a estabilidade, a continuidade e a publicidade. Todavia, não se fala em tempo mínimo ou procriação como elementos necessários para caracterização da união estável. Nesse sentido, há precedente jurisprudencial: STF - ADI 3.300 MC - DF - Rel. Min. Celso de Mello – DJU 09.02.2006; TJRS - 7ª Câmara Cível - AC 70009550070 - Rel. Des. Maria Berenice Dias - j. 17.11.2004.

¹⁸² MOREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 303.

¹⁸³ *Loi Ouvrant Le Mariage a des Personnes de Même Sexe ET Modifiant Certaines Dispositions Du Code Civil.* cf. MADALENO, *op.cit.*, p. 1029.

¹⁸⁴ O reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo em países como Holanda, Bélgica se deu por meio de um processo legislativo, então o reconhecimento dessas uniões no Canadá e em alguns estados norte-americanos, aconteceu em função de decisões judiciais, declarando a inconstitucionalidade da legislação, restringindo o matrimônio aos casais heterossexuais. cf. MERIN, Yuval *apud*. MOREIRA, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁵ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,casamento-homossexual-e-legalizado-em-13-paises,1024187,0.htm>>. Acesso em: 05 out. 2013.

No Brasil, a partir de 2002, com fulcro em alguns casos julgados em tribunais pelo país, a Justiça passou a admitir o contrato de união homoafetiva, no qual duas pessoas do mesmo sexo reconheciam a união entre si de parceria e de vida comum nos mesmos moldes da união estável, levando-a para registro em cartório, com o fim de preservar os direitos e deveres decorrentes desse relacionamento. Nesse sentido, com número crescente de decisões de juízes de primeira instância reconhecendo uniões homoafetivas como uniões estáveis merece destaque o Provimento nº 006/04 da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁸⁶, que de maneira inédita, veiculou resolução autorizando todos os cartórios daquele Estado a registrar declaração de união estável entre casais do mesmo sexo.

Esse contrato representa uma garantia em relação aos direitos patrimoniais conjuntos que o casal venha a constituir, tais como bens, conta-corrente e investimentos. Caso haja problemas futuros como morte ou separação, os parceiros estarão aptos a melhor discutir seus direitos, tais como herança ou pensão, e poderão recorrer às vias judiciais. Além de servir como base aos requerimentos administrativos, tais como concessão de direitos previdenciários, inclusão em plano de saúde como dependente, declaração conjunta em imposto de renda, etc.

O contrato, no entanto, não garantia ao casal homossexual a plenitude de direitos, quando comparado a um casal heterossexual, que, em situações específicas, tinham que recorrer ao Poder Judiciário. Assim, o contrato feito em cartório inegavelmente representava um avanço, porém, quando levadas ao Judiciário¹⁸⁷ as situações não ensejavam decisões uníssonas na temática e dependiam sempre do pensamento do juiz que estivessem julgando a questão.

A questão foi parar na Corte Constitucional Brasileira. Foi então que, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/09 - RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/08, reconheceu unanimemente¹⁸⁸ as uniões homoafetivas como entidade familiar.

¹⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria Geral da Justiça. Provimento nº 006/04, de 03.03.2004.

¹⁸⁷ Constitucional. Civil. Conversão da união estável homoafetiva em casamento. Possibilidade. REsp. 2012.003.093-8/RN, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi (O STJ entendeu que tem interesse de agir o casal que mesmo após a formalização de escritura pública de sociedade de fato, quer converter a união estável de maneira formal para reafirmar situação juridicamente consolidada, que erradia efeitos não apenas no contexto social). Outros precedentes do STJ: Recursos Especiais: 964.489, 827.952, 1.183.378.

¹⁸⁸ Dez ministros votaram a favor da união homoafetiva: Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era Advogado-Geral da União.

O histórico julgamento garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. O artigo 1.723 do Código Civil recebeu interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”¹⁸⁹.

O relator da ação, ministro Carlos Ayres Britto, votou por estender para as uniões entre pessoas do mesmo sexo os direitos e deveres previstos para casais heterossexuais. Pelo voto do ministro, os casais homossexuais teriam direito a se casar, poderiam adotar filhos e registrá-los em seus nomes, deixar herança para o companheiro, incluí-lo como dependente nas declarações de imposto de renda e no plano de saúde. Ayres de Britto lembrou que a Constituição veda o preconceito em razão do sexo das pessoas. Além disso, afirmou que a Carta Magna, ao não prever a união de pessoas do mesmo sexo, não quis proibir a união homoafetiva. “Nada mais íntimo e privado para os indivíduos do que a prática da sua sexualidade”, disse.

No entendimento do ministro relator, se a união gay não é proibida pela legislação brasileira, automaticamente torna-se permitida. E, sendo permitida a união homoafetiva, ela deveria ter os mesmos direitos garantidos para as uniões estáveis heterossexuais. Dois homossexuais, portanto, poderiam ser tratados como família. “A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo”, acrescentou. Concluiu pontuando que “Não existe família de segunda classe ou família mais ou menos”.

O ministro Luiz Fux, o primeiro a apresentar seu voto, acompanhou o relator e deu o segundo voto a favor da união homoafetiva. Fux lembrou que homossexualismo não é crença, nem opção de vida. “Ainda mais se levarmos em conta a violência psicológica e física que a sociedade ainda tem contra os homossexuais”. Para o ministro, se a homossexualidade não é crime, não há porque impedir os homossexuais de constituírem família.

“O homossexual, em regra, não pode constituir família por força de duas questões que são abominadas por nossa Constituição: a intolerância e o preconceito”. Segundo Fux, a

¹⁸⁹ Ofício 81/P-MC, datado de 09.05.2011, expedido pelo Presidente Ministro Cezar Peluso, aos Presidentes de todos os Tribunais: Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Constituição prega uma sociedade plural, justa, sem preconceito, com valorização da dignidade da pessoa humana e enfatiza que todos os homens são iguais perante a lei.

“A pretensão é que se confira juridicidade à união homoafetiva, para que [os casais] possam sair do segredo e do sigilo, vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. O que se pretende é a equiparação à união estável”. O ministro reconheceu que o entendimento não deixa de ser uma ousadia judicial. “Mas a vida é uma ousadia, senão ela não é nada”, nas exatas palavras de Fux: “Assim, a Suprema Corte concederá aos homossexuais mais que um projeto de vida: daremos projeto de vida e projeto de felicidade”.

A ministra Cármen Lúcia, que continuou a votação, deu o terceiro voto a favor. Mesmo antes de começar a ler seu voto, a ministra adiantou que acompanharia o voto de Ayres Britto em sua totalidade. “A forma escolhida para viver não pode esbarrar no Direito. Todas as formas de preconceito merecem repúdio”. Cármen Lúcia foi enfática ao defender o combate à violência e ao preconceito. “Contra todas as formas de preconceito há o Direito Constitucional. Os preconceitos não podem se repetir sem que sejam lembrados como traço de momento infeliz da sociedade. A escolha por uma união é homoafetiva, individual e única”.

O próximo a julgar foi o ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou o voto do relator, mas fazendo ressalvas no que diz respeito à forma de se entender este novo tipo de entidade familiar. Ele adotou o que chamou de 'integração analógica', ou seja, que se aplique a essa nova relação à legislação mais próxima, até que ela seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional. Segundo o ministro, o reconhecimento só cabe em relação ao que não for típico da relação entre homem e mulher. Entre as possíveis restrições, estaria o casamento.

Em seu voto, Lewandowski lembrou que os constituintes, depois de debaterem o assunto, optaram por não incluir a união de pessoas do mesmo sexo no regime de união jurídica estável, e chegou a ler trecho do que foi dito em tal sessão. Ele também defendeu que a união homoafetiva estável, se aprovada, deve ser entendida como um quarto tipo de família a ser incluída. Atualmente existe a relação de casamento, a união estável e a monoparental, desse modo, a união homoafetiva seria adicionada neste rol.

“Não há como escapar da evidência de que união homossexual é realidade empírica, e dela derivam direitos e deveres que não podem ficar à margem do Estado, ainda que não haja previsão legal para isso”, afirmou Lewandowski. Por analogia, ele estendeu o direito da união estável dos heterossexuais aos homossexuais, enquanto o legislador não fizer leis a respeito.

Em seguida, foi à vez do ministro Joaquim Barbosa. Ele concordou com o reconhecimento das ações, dizendo que entende que as relações homoafetivas fazem parte dos direitos fundamentais, assim como se deve promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação.

Acrescentou de maneira contundente:

O não reconhecimento da união homoafetivas simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside à violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹⁰.

Ele afirmou que “a Constituição prima pela proteção dos direitos fundamentais e veda todo tipo de discriminação”. Para o ministro, a dignidade humana é a noção de que todos têm direito a igual consideração.

O ministro Gilmar Mendes anunciou voto favorável à união homoafetiva, manifestando, no entanto, preocupação e ressalvas preferindo não se pronunciar quanto a desdobramentos, como no que diz respeito à adoção. “Neste momento eu me limito a reconhecer esta união”, disse o ministro.

Mendes também afirmou que a Corte tem obrigação de dar uma resposta para proteger os casais homossexuais, que ainda são vítimas de preconceito e violência. “O limbo jurídico contribui inequivocamente para que haja quadro de maior discriminação, até para as práticas violentas que temos notícias. É dever do Estado a proteção e dever da jurisdição dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi concebida pelo legislador”.

A ministra Ellen Gracie, que falou a seguir, iniciou sua argumentação se dizendo favorável às ações:

O reconhecimento hoje, pelo Tribunal, desses direitos, responde a pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida. O Tribunal lhes restitui o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura sua dignidade, afirma sua identidade e restaura a sua liberdade¹⁹¹.

O ministro Marco Aurélio de Mello também favoravelmente justificou seu posicionamento a partir do argumento de que o Estado existe para auxiliar indivíduos a realizar seus projetos de vida, incluindo os que têm atração pelo mesmo sexo:

¹⁹⁰ Voto do ministro Joaquim Barbosa. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG. 13/10/2011, PUBLIC. 14/10/2011 EMENT VOL-02607- 01 PP-00001.

¹⁹¹ Voto da ministra Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198, DIVULG. 13/10/2011, PUBLIC. 14/10/2011, EMENT VOL-02607- 01 PP-00001.

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite que seja a união homoafetiva admitida como tal¹⁹².

O nono voto foi do ministro Celso de Mello, mais uma vez a favor do reconhecimento da união homoafetiva como união estável. De acordo com ele, ninguém deve ser privado de seus direitos ou sofrer restrições jurídicas por causa de sua orientação sexual. Asseverou que não se devem confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou religioso porque o Brasil é um país laico.

O então presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, proferiu o décimo voto a favor das ações. O ministro enfatiza que a Constituição não exclui outras modalidades de entidade familiar: “[Ao tomar a decisão] o Supremo condenou todas as formas de discriminação, contrárias não apenas ao Direito Constitucional do Brasil, mas contrária à própria compreensão da raça humana à qual todos, pertencemos com igual dignidade”, proferiu na leitura do seu voto. Peluso considerou ainda, que, a partir daquele momento, caberia ao Congresso a responsabilidade de legislar sobre o tema. “Há uma convocação que a Corte faz para o Poder Legislativo para que assuma essa tarefa a que não se sentiu muito propenso a exercer: regulamentar essa equiparação.”

Com este julgamento, o STF acabou com anos de indiferença e invisibilidade, os homossexuais passaram a ter reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar e conseqüentemente, também lograram equiparar seus efeitos tais como o direito de receber pensão alimentícia, ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de saúde, poderão adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado, vários magistrados singularmente e Tribunais de Justiça por todo o país passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o STJ, em decisão igualmente louvável e corajosa, avalizou acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante os Cartórios de Registro Civil. Foi assim que, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, em outubro de 2011, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da

¹⁹² Voto do ministro Marco Aurélio de Mello. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. ADI 4.277 e ADPF 132, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG. 13/10/2011 PUBLIC. 14/10/2011 EMENT VOL-02607- 01 PP-00001.

sexualidade e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica representada pelo casamento.

O colegiado do STJ, por maioria, seguindo o entendimento do ministro Luis Felipe Salomão (relator), afirmou que o legislador poderia se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu. Válida, inclusive, a transcrição parcial do voto do relator:

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento. (STJ. 4ª Turma. REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

A partir desses antecedentes, vários Tribunais por todo o país normatizaram os procedimentos – quer direto, quer por conversão – para casamento de pessoas do mesmo sexo a serem adotados pelos Cartórios de registros públicos, sendo dispensada a via judicial. O acesso ao matrimônio garante aos casais com vínculos homoafetivos a extensão de todos os direitos e garantias inerentes ao casamento, como já assinalado.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) então, aprovou resolução proposta por seu presidente, o ministro Joaquim Barbosa, que prevê a vedação na recusa de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Assim, o ato de número 175, de 14 de maio de 2013, prevê que os cartórios de todo o país passem não só a registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como que haja a conversão das uniões já registradas em casamento.

A citada Resolução nº 175 do CNJ foi alvo de Mandado de Segurança (MS nº 32077), impetrado pelo Partido Social Cristão (PSC), extinto sem resolução de mérito pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. Para o ministro, o questionamento da medida teria que ser feito por meio de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, e não por Mandado de Segurança, uma vez que se trata de via inadequada para tal *mister*. Consignou em seu voto expressamente a competência do CNJ para editar atos normativos primários, como os previstos no artigo 59 da Constituição Federal (emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

A decisão ressalta que entre as competências previstas no artigo 103-B da Constituição Federal, está a do CNJ de proceder, em casos concretos, à avaliação da

legalidade de atos do Judiciário, revê-los ou fixar prazo para que se adotem medidas necessárias ao cumprimento da lei.

Sendo assim, o Ministro considerou indiscutível a competência do CNJ para regular abstratamente tais assuntos, antecipando, por meio de resoluções, seu juízo quanto à validade ou não de uma determinada situação concreta. Nas palavras do ministro Luiz Fux: “o CNJ optou antecipadamente por não transigir com certos comportamentos adotados pelas autoridades competentes submetidas a seu poder fiscalizatório”.

Fux citou ainda a Súmula nº 266, do STF, que considera incabível mandado de segurança contra lei em tese: "A Resolução nº 175/2013 qualifica-se como 'lei em tese', razão porque não se submete ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, atraindo, por isso, a incidência, na espécie, da vedação contida na Súmula nº 266 desta Corte". Concluiu então por manter incólume a multicitada Resolução.

A jurisprudência brasileira, outrora tímida, tornou-se cada vez mais corajosa e vanguardista ao longo dos últimos dez anos. Assim, por exemplo, antes os tribunais se limitavam a reconhecer efeitos puramente patrimoniais, a exemplo do TJMG – AC- Ree. Nec. nº 1.0024.06.930324-6/001, Rel. Des. Heloisa Combat, 7ª Câmara Cível, p. 27.07.2007. Após as decisões paradigmáticas do STF e STJ, já citadas, as ideias tornaram-se mais férteis e contundentes, no sentido de ratificar a isonomia e afetividade nos arranjos familiares formados por pessoas do mesmo sexo, como é possível verificar nos arrestos abaixo selecionados, que clarificam a evolução da temática:

À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondose reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. O art. 226 da CF não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre homem e mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG, ACi/ReeNec nº 1.0024.06.930324-6/001, Re. Des. Heloisa Combat, 7ª Câmara Cível, p. 27.07.2007)

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC), é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação

afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito, a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hetero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo gera as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade as pessoas que são. Embargos Infringentes Acolhidos, por Maioria. (Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010)

[...] esta Corte Superior, sob a ótica do Direito das Obrigações (art.1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula nº 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp nº 148.987-MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado. (STJ, REsp nº 704.803, Rel. Min. Vasco Della Giutina – Desembargador convocado do TJRS, 3º Turma, p. 02/02/2011).

[...] O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. [...] (STF, RE 477554 MG, Rel Min. Celso de Mello, j. 01.07.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. Há possibilidade jurídica na ação declaratória de união estável mantida entre pessoas do mesmo sexo, uma vez preenchidos os demais requisitos exigidos em lei. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Configurada a continuidade e a publicidade da união pelas partes, com o intuito de constituir família, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva. Sentença de procedência confirmada. Negaram provimento á apelação. (Apelação Cível Nº 70038506176, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho, j.19/10/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. REGIME DE BENS. COMUNHÃO UNIVERSAL ESTABELECIDA EM ESCRITURA PÚBLICA. PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. É reconhecida a união estável quando comprovada a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir entidade familiar. Em respeito ao regime de bens adotado

pelos companheiros, qual seja, comunhão universal de bens, deve o patrimônio ser dividido igualmente entre o casal. Alimentos ao companheiro. Ausência de comprovação da necessidade. Não concessão. Os alimentos são cabíveis ao ex-companheiro quando calcados na assistência mútua existente entre os cônjuges, mas, impõe-se a comprovação do binômio necessidade/possibilidade. Não demonstrada a necessidade cumpre desacolher o pleito alimentar. Apelo provido, em parte. (TJRS, Apelação Cível Nº 70053549432, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, j. 26/06/2013).

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. [...] Na realidade, o legislador constitucional, ao se referir a essas espécies de entidades familiares, não previu qualquer proibição à instituição de outros tipos de formações familiares. Ao contrário, pela leitura do texto, podemos concluir claramente que o legislador, ao dizer que a família é base da sociedade, ressaltou sua importância em nosso meio e, portanto, a sua imprescindibilidade para nossa sociedade e para o próprio Estado, independentemente do modo como foi constituída. [...] (TJSP, Apelação Cível nº 0000356-98.2007.8.26.0341, Rel Des. Coelho Mendes, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 20.08.2013).

Além das garantias constitucionais já mencionadas, que autorizam o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o art. 1º da lei 9.278/96 esclarece que há união estável quando se verifica uma convivência duradoura, pública e contínua, formada com o intuito de constituir família. Destaque-se que o aludido artigo não determina prazo exato para consolidar a existência da entidade familiar depende da sua demonstração e correlata apreciação no caso concreto, observando-se a posse recíproca do estado de casado, o intuito de formação do lar e o tipo da convivência. Portanto, a restrição da diversidade de sexos é abusiva e ilegítima para este fim, não havendo qualquer óbice hoje, de ordem legal ou jurisprudencial, capaz de robustecer a negativa desse reconhecimento sobejadamente enaltecido pelas mais altas cortes deste país.

6.6 POLÍTIICAS PÚBLICAS

No Brasil, o Estado laico foi estabelecido pelo Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890. Embora tenha sido revogado pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, a laicidade voltou a vigorar com a sanção do Decreto nº 4.496, de 04 de fevereiro de 2002. A separação do Estado das religiões também é garantida pelo inciso I do art. 19 da Constituição Federal de 1988.

A importância do Estado laico tem especial relevo, no que diz respeito à formulação de políticas públicas afirmativas voltadas para a garantia dos direitos humanos da população

LGBTT, buscando afastar as convicções religiosas mais fundamentais e dogmáticas que se posicionam contrárias às manifestações da homossexualidade.

O governo não pode privilegiar certos cidadãos em detrimento de outros em relação ao acesso aos processos políticos e às instituições sociais. Além disso, certas liberdades básicas são condições institucionais indispensáveis para que outras sejam garantidas, tais como a liberdade de pensamento, de associação, política, etc. Neste contexto, a participação igualitária, independentemente do gênero, nas discussões estatais de relevância, só podem ser atingidas quando dada representatividade política e social do indivíduo compõe a sua autoidentificação ao formar grupos e nas ações políticas do Estado.

Mais do que prever direitos, garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. E as políticas públicas têm importante papel neste sentido.

Vale dizer, há necessidade de imposição do Estado para promover um efeito positivo: a realização da liberdade individual atrelada à inclusão social e à promoção do bem comum, preceitos centrais do paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, os tribunais nacionais exaltam que a norma constitucional é utilizada para garantir materialmente a isonomia e a dignidade humana: STJ – 3ª Turma – REsp. 238.715 – Rel. Des. Humberto Gomes de Barros – j.07.03.2006 – TJRS – 7ª Câmara Cível – AC 70005488812 - Rel. Des. José Carlos Teixeira Georgis; TRF 1ª Região – 2ª Turma – AI 2003.01.00.000697-0/MG - Rel. Des. Tourinho Neto – J.29.04.2004; TRF 4ª Região – 4ª Turma – AC 2004.71.95.00.001102-0 - Rel. Des. Caio Roberto Souto de Moura- j. 27.04.2005.

De fato, educar a população em geral e conscientizar o público LGBT sobre seus direitos são o foco dos movimentos sociais, mas também deve ser tema de ações governamentais em defesa dos seus direitos, os quais, especificamente, atuam em duas frentes: uma de conscientização e politização dos homossexuais, para integrá-los nas discussões e defesa de seus direitos. A outra, voltada para a educação da sociedade em geral sobre o tema, o que reflete um exercício da própria cidadania a fim de banir preconceitos estigmatizados.

Democracia e cidadania são ideais centrais na pauta dos diversos movimentos sociais contemporâneos. Através de articulação, uma gama variada de reivindicações têm sido levadas adiante, abrangendo os mais diversos setores da vida individual e coletiva. Um dos efeitos dessa dinâmica é a compreensão, cada vez mais difundida, das múltiplas dimensões

requeridas para a construção de uma sociedade democrática, nas quais as demandas por inclusão social, econômica, política e cultural se tornam mais frequentes e ganham notoriedade. Essas dimensões também marcam uma ampliação do conceito de cidadania, uma porque ele, tradicionalmente, associava-se somente ao *status* jurídico adquirido em virtude da pertinência nacional.

Não cabe ao Estado decidir acerca das concepções individuais da pessoa e como ela irá gerir sua vida íntima e sua sexualidade, mas deve o Estado promover a democracia e efetivar a igualdade formal. Inclusive, sob o prisma da neutralidade correlata a laicidade, para que no caso de conflito, todos tenham a necessária proteção estatal. Nessa perspectiva, as políticas antidiscriminatórias são positivas e realizadas como meio de concretizar a isonomia e a dignidade humana.

A preocupação em prestar um atendimento especializado a membros da comunidade LGBTTT, vítimas de violência, deve estar assente. E, por esse motivo, compreende-se que a temática plural dos Direitos Humanos não deve ser restrita a conceitos e definições abstratas, tampouco deve ser vista como um conjunto de garantias jurídicas elencadas por dispositivos normativos de diversas esferas, merecendo, para ganhar reforço, uma aplicabilidade prática e a implementação de métodos inovadores em relação à temática.

Uma educação em Direitos Humanos que pretenda interagir com as múltiplas configurações da sociedade contemporânea deve, inevitavelmente, partir de uma visão interdisciplinar e ampliada dos inúmeros elementos que permeiam essa temática, em questões diversas, como a violência, principalmente em se tratando da capacitação e formação de agentes operadores dos serviços e proteção a pessoas ameaçadas, em que é possível identificar múltiplas relações e diversificados exemplos que envolvem e são reciprocamente envolvidos pelo universo dos Direitos Humanos.

Convém ressaltar que o funcionamento do sistema de justiça e segurança voltado para a promoção e para o fortalecimento dos Direitos Humanos é um dever do Estado Democrático de Direito. E, devido a esse quadro, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEHD) indica que a educação em Direitos Humanos é fundamental para as categorias profissionais ligadas à segurança e à justiça.

Isso porque os agentes que integram o Sistema de Justiça e Segurança em diversas categorias profissionais, dentre as quais se destacam agentes e técnicos do sistema penitenciário, policiais civis, policiais militares, policiais federais, policiais rodoviários, guardas municipais, ouvidores de polícias, peritos legais, magistrados, Defensores Públicos, membros dos ministérios públicos e agentes de segurança privada. E, é com base nesse amplo

e diversificado conjunto de categorias, formado por profissionais com atribuições, formações e experiências bastante diferenciadas, que se torna necessário, no desenvolvimento das ações de educação em Direitos Humanos, sob o prisma da capacitação e formação de agentes operadores desses serviços de proteção a pessoas ameaçadas.

No entanto, mesmo reconhecendo a diversidade acima apontada, é necessário destacar e respeitar o papel essencial que cada uma dessas categorias profissionais exerce junto à sociedade, com o foco de orientar as ações educacionais para incluírem valores e procedimentos que possibilitem tornar tais profissionais promotores de Direitos Humanos, em face à violência de toda a comunidade LGBTT, o que significa ir além do papel de apenas defensores dos Direitos Humanos ou meros expectadores.

Além disso, no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹⁹³ (www.ibge.gov.br) é possível obter informações referentes à temática, onde consta que no Brasil, dos 5.435 municípios, apenas 1.408 (23%) têm estrutura específica de gestão em Direitos Humanos e apenas em 79 há Conselhos Municipais de Direitos Humanos. Nos estados, a proporção dos municípios com tal estrutura vai desde a ausência (Acre e Amapá) aos 75% (Piauí). Desses estados só há estrutura de gestão de Direitos Humanos em apenas 21,63% dos municípios com menos de 20 mil habitantes e em 72,5% daqueles com mais de 500 mil habitantes.

Nesse contexto, é justificável e oportuna a promoção de ações educativas que estimulem e incentivem o envolvimento de operadores de segurança, membros do Ministério Público, magistrados e defensores públicos, dentre outros em causas de Direitos Humanos, sob o foco da violência às comunidades de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no respeito e tratamento adequado por se tratar de grupos sociais politicamente minoritários, para torná-los uma referência, especialmente quanto à orientação de seus direitos.

Com essas considerações e levando em conta a relevância do papel do Estado Democrático de Direito como agente de transformação socioeconômico é que se propõe a mudança de paradigmas a serem concretizados.

Nesse sentido, órgãos vinculados à Secretaria de Direitos Humanos, seja nos âmbitos federal, estadual ou municipal, sejam atreladas às Secretarias de Segurança Pública de todo o país, algumas inclusive com pastas voltadas para a Diversidade Sexual, como é o caso de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro é a resposta positiva inclusiva do Estado para promover de modo eficaz políticas inclusivas.

¹⁹³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível no site: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 12 jan. 2013.

Os avanços se fazem notar na criação de espaços de discussão, ações educativas, como campanhas publicitárias e espaço na mídia, procurando, desse modo, conscientizar as pessoas sobre o respeito da diversidade de orientação sexual do outro, bem como necessidade de respeitá-la.

Criação de bancos de dados para identificação dos crimes em decorrência da violência de gênero com a autoidentificação do sexo biológico, mas também da orientação sexual como forma elaborar dados estatísticos reais para melhoria das políticas públicas voltadas para o enfrentamento da violência é outro excelente exemplo de atuação estatal positiva.

A capacitação dos agentes de segurança pública a fim de conduzir as investigações e permitir que o caso não recaia na obscuridade das generalizações, sendo enfrentado de maneira coerente, também é importante. Assim como a criação de delegacias especializadas também pode ser apontada como solução.

Mapear o trabalho dos órgãos públicos é outro ponto forte no trabalho com o intuito de detectar modos de enfrentamento, avanços técnicos e áreas de aprimoramento e investimento pelo poder público.

Assim, é incontestável que já há muitos avanços, mas esse processo tem que ser contínuo e passa por uma estruturação e organização das políticas públicas existentes e criação de outras, para que as diretrizes já aprovadas se tornem realidade.

Muito além de apenas propor respeito a esses grupos, algumas políticas públicas quebram paradigmas em relação aos direitos dos homossexuais, tais como atendimento diferenciado em postos de saúde, combate de doenças, distribuição de remédios, uso de espaços públicos como banheiros para os transexuais e espaço separado para internação a fim de evitar exposição da privacidade em caso de tratamento de saúde.

Na área da saúde, os principais programas relacionados aos homossexuais são direcionados para a prevenção à AIDS e às demais doenças sexualmente transmissíveis, já que frequentes são as conclusões de pesquisas realizadas, as quais revelam que ainda há homens que fazem sexo com outros homens, mas que não se consideram homossexuais, pois assumem a postura ativa na relação sexual. Portanto, a distribuição de preservativos não pode se limitar a um período do ano (o carnaval, por exemplo), assim como a veiculação de campanhas tem que ser ampla, não podendo estar adstritas às relações heterossexuais. Especialistas apontam a necessidade de ser montada uma frente de atuação específica no atendimento ao público LGBTTT, no que concerne ao combate à AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis. Vale dizer, no desenvolvimento de campanhas voltadas à

temática para LGBTTT e outros grupos específicos que tragam inclusive esclarecimento sobre outras doenças.

As políticas públicas também atuam na estruturação de espaços de acolhimento para os que tiveram direitos violados, que prestam atendimento jurídico, psicológico e serviço social, bem como encaminhamento a organizações no apoio às vítimas.

Roger Raupp Rios¹⁹⁴ aponta o Brasil como referência no que diz respeito às garantias dos direitos LGBTTT no panorama latino-americano, pois apresenta elevado grau de proteção institucional, seja por conta da quantidade de processos analisados, seja pela criação do Plano Nacional de Direitos Humanos I e II¹⁹⁵, assim como o Programa Brasil Sem Homofobia¹⁹⁶. O magistrado ainda sugere que estudos em uma ótica sociológica sejam desenvolvidos para compreender a efetividade dos direitos existentes, o grau de compromisso das diversas instituições estatais envolvidas: tal como por uma abordagem antropológica sobre os impactos que o reconhecimento formal desses direitos pode produzir tanto nas representações sociais sobre LGBTTT quanto entre aqueles que assim poderiam ser classificados.

Aprimorar atualizações temáticas aos educadores em Direitos Humanos voltados para as áreas de justiça e segurança pública, em se tratando da violência à comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (em todas as formas), bem como construir linhas de pesquisas e extensão em Direitos Humanos vinculados à temática também são soluções disponíveis que devem ser colocadas em prática.

Os profissionais da educação devem abordar as questões de gênero e sexualidade, sob a ótica da diversidade sexual. Para que isso ocorra, cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para proporcionar uma educação inclusiva. Em face da

¹⁹⁴ RIOS, Roger Raupp. **Direitos Sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano**. Disponível em: < <http://www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf>.>. Acesso em 12. jan. 2013.

¹⁹⁵ O primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) estabeleceu apenas duas ações: “Apoiar programas para prevenir a violência contra grupos em situação mais vulnerável, caso de crianças e adolescentes, idosos, mulheres, negros, indígenas, migrantes, trabalhadores sem terra e homossexuais” e “Propor legislação proibindo todo tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo, idade, credo, religioso, convicção política ou orientação sexual, e revogando normas discriminatórias na legislação infraconstitucional”. No período em que o Programa vigorou, de 1996 a 2002, não se pode afirmar que houve avanços nem com a prevenção da violência contra pessoas LGBTTT e nem com legislação proposta pelo governo para combater a discriminação contra essa população. Uma deficiência do Programa é que não estabeleceu órgãos responsáveis para sua consecução. O mesmo ocorre com o PNDH II, lançado em 2002, que representou um avanço no que diz respeito à abrangência das ações propostas para a população LGBTTT. Nele, há um total de dezenove ações, distribuídas entre as seguintes áreas: “Garantia do Direito à Liberdade: Orientação Sexual”; “Garantia do Direito à Igualdade: Crianças e Adolescentes”; “Gays, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais – GLTTB”; e “Garantia do Direito ao trabalho”. O Programa Brasil Sem Homofobia marcou o início do fortalecimento das políticas públicas afirmativas para a população LGBT. Construído em conjunto entre o governo e a sociedade civil no decorrer de 2003 e lançado em 25 de maio de 2004, o Programa tem 53 ações envolvendo 18 ministérios e divididas entre as seguintes áreas: direitos humanos; legislação e justiça; cooperação internacional; segurança; educação; saúde; trabalhador; cultura; juventude; mulheres; racismo e homofobia.

¹⁹⁶ Disponível em: < <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br>.>. Acesso em 12. jan. 2013.

significativa evasão escolar, fazem-se necessárias ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

Para assegurar a igualdade de oportunidades e inserção no mercado de trabalho, também é necessária a promoção de campanhas que objetivem a qualificação profissional de travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais, já que são estigmatizados e, geralmente, ficam restritos às áreas de estética e prostituição. Nesse sentido, há grupos LGBTT que apontam a criação de cotas no mercado de trabalho como solução para a questão.

Também deve ser assegurado acesso das entidades familiares homoafetivas para a aquisição da casa própria, mediante a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional, devendo o Sistema Nacional de Habitação considerar as peculiaridades sociais e econômicas do casal homoafetivo. Veja-se, por exemplo, que o formulário básico fornecido pela Caixa Econômica Federal não prevê essa situação.

Devem também ser implementadas ações de ressocialização e proteção da juventude em conflito com a lei. A fim de deixar patente a necessidade dessas ações, que sejam expostas as experiências de exclusão social em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Para garantir a integridade física, psíquica, social e jurídica da população LGBTT em situação de violência, várias medidas podem ser previstas, tais como a criação de centros de referência contra a discriminação e de atendimento especializado na estrutura das Secretarias de Segurança Pública, bem como a capacitação e qualificação dos policiais civis e militares, guardas municipais e agentes penitenciários. Um bom exemplo dessa política afirmativa já acontece nos estados da Paraíba, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, onde as respectivas Secretarias de Segurança e Justiça criaram alas específicas destinadas a transexuais e gays dentro de estabelecimentos prisionais com o fito de evitar práticas abusivas, discriminação e abusos sexuais por parte dos demais apenados. Lá podem receber visitas íntimas homoafetivas, identificar-se pelo uso do nome social e os travestis podem usar roupas femininas.

Dessa maneira, trabalhar no desenvolvimento de políticas públicas específicas é um alvo constante a ser perseguido pelo Estado para promover positivamente a igualdade de gênero e a dignificação de sua personalidade, avançando as políticas públicas já existentes e efetivando outras no intuito de materializar a isonomia – hoje permanente em um Estado que almeja a justiça social e plural.

7 AVANÇO JURISPRUDENCIAL

7.1 O ESTADO-JUIZ E O DEVER DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A realidade já revelada pelo último Censo¹⁹⁷ aponta que 60 mil famílias responderam afirmativamente quando questionadas pelo recenseador acerca da identidade sexual das pessoas residentes no imóvel¹⁹⁸. Há algum tempo, existe uma crescente existência de famílias constituídas declaradamente por pessoas do mesmo sexo. A questão também já não é invisível ao Poder Judiciário, que, há mais de uma década, tem paulatinamente conferido diversas tutelas jurídicas para solucionar questões que dizem respeito a uniões homoafetivas, como já foi pontuado em outros tópicos, e que neste capítulo, são destrinchadas pormenorizadamente, como se percebe nos arrestos a seguir selecionados:

CONSTITUCIONAL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VISTO PERMANENTE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Desde o julgamento em conjunto pelo STF da ADPF 132 e da ADI 4.277, tem-se sólido que a expressão constitucional "família" engloba a união homoafetiva. 2. A propósito: "INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME)". RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva." 3. Com efeito, há a prova oral, constante dos depoimentos das testemunhas arroladas, sem discrepância entre eles, unanimemente atestando e corroborando a situação fática descrita na inicial e a existência de união estável, surgida no ano de 1997, de forma monogâmica e notória para a sociedade. 4. Com essas considerações, irreparável a sentença a quo no sentido de reconhecer a união homoafetiva existente, atribuindo a ela os mesmos efeitos da união estável, com base na qual ficou o autor autorizado a requerer administrativamente, no prazo de 60 (sessenta dias), o visto permanente, bem como de assegurar a permanência do autor no Brasil até a apreciação de seu requerimento de visto. 5. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 200438000410656 MG 2004.38.00.041065-6, Relator: JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, Data de Julgamento: 23/07/2013, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.419 de 02/08/2013).

¹⁹⁷ Dados da CENSO 2010 – IBGE. Agência Brasil. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticia/2012-10-17/ibge-60-1000-casais-gays-pais>>. Acesso em 17 out. 2012.

¹⁹⁸ Incluir questões relacionadas à orientação sexual no CENSO demográfico já é apontado pela doutrina específica como um avanço, pois representa um reconhecimento dessas pessoas como sujeitos de direito e visa corrigir anos de obscuridade quanto a dados oficiais a respeito dessa população para que políticas públicas possam ser adotadas. FACHINI, Luiz Eduardo. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 366.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4277 E DA ADPF Nº 132. DIREITOS SUCESSÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADIn nº 4277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Na espécie, o conjunto probatório é robusto no sentido da caracterização do relacionamento estável, nos moldes do art. 1.723 do CC, razão por que deve ser emprestado à relação havida entre a recorrente e a companheira falecida tratamento equivalente ao que a lei confere à união estável havida entre homem e mulher, inclusive no que se refere aos direitos sucessórios sobre as duas casas construídas com esforço comum, o que foi reconhecido judicialmente, na forma do art. 1.790, III, do CC (pois concorre a insurgente com a genitora da falecida). 3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70045194677, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 22/03/2012)

TSE – TRIBUNAL PLENO – ED. 24.564 – Rel. Min. Gilmar Mendes – J.02.10.2004. (Mantendo sentença de tribunal inferior que impugnou a candidatura de companheira de uma prefeita sob a alegação de que o judiciário brasileiro sempre reconheceu as uniões informais como entidade familiares).

A análise desenvolvida nos capítulos anteriores revela uma necessidade de adotar o princípio da igualdade, em uma visão antissubordinatória de caráter material, voltada a lograr êxito na concepção procedimental da justiça redistributiva. Vale dizer, há uma necessidade premente do poder estatal, em especial o Poder Judiciário, em conceder uma interpretação¹⁹⁹ extensiva de modo a viabilizar a isonomia de maneira contundente e eficaz, o que significa dizer que o emprego de uma interpretação ampliada que vise alcançar uma concepção substantiva da igualdade, da dignidade humana e da liberdade sexual serve como caráter transformador para impetrar o processo de construção de uma sociedade justa e compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Merece realce a inédita decisão da justiça carioca da Juíza Daniela Brandão Ferreira, da 1ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro, que concedeu decisão favorável para que a Declaração de Nascido Vivo (DNV) fosse emitida em nome de duas mães, antes mesmo do registro civil da criança²⁰⁰, isso porque a DNV se encontra em desacordo com o atual modelo padronizado de certidão de nascimento, visto que continua exigindo na filiação a expressão do nome do “pai e da mãe”, o que causa constrangimento às partes em união homoafetiva quando se dirigem às casas de saúde de maternidade para receber o documento.

¹⁹⁹ TJSP – 8ª Câmara de Direito Privado – AC 552.574-44-00 – Caetano Lacastra – j. 12.03.2008 (argumentando que a atividade jurisdicional exige que o juiz utilize uma interpretação sistemática porque a Constituição traz princípios abertos, indeterminados e plurissignificativos, cujas normas dependem de uma correlação entre todas as normas).

²⁰⁰ Disponível no site: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias>> Acesso em 14 jan.14.

Ressalte-se que a declaração de nascido vivo é um documento de identidade provisória dos recém-nascidos, aceito em todo o território nacional. E, desde junho de 2012, a Lei nº 12.662 instituiu valor oficial ao documento, reforçando o direito de acesso aos serviços públicos que cada brasileiro tem ao nascer, até que seja registrado seu nascimento em cartório.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias²⁰¹ enfatiza que repetição dos casos se tornou tão rotineira e, conseqüentemente, as decisões tão reiteradas, que direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio-reclusão; o pagamento do seguro DPVAT²⁰²; a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também está elencada a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda, assim como em plano de saúde e a soma do rendimento do casal para a concessão de financiamento imobiliário. Ilustrando esse panorama não é despidendo trazer a colação de julgados nessa linha:

STF – Pet. 1.984-RS – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 10.02.2003 (Estendendo direitos previdenciários aos casais gays sob o argumento de que a Constituição brasileira prescreve a promoção do bem esta dos indivíduos como preceito fundamental).

STF – Tribunal Pleno – ADI 1.950-3 – Rel. Min. Eros Grau – DJ 02.06.2006 (afirmando que a Constituição Federal estabelece um plano que enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, programas informados pelos preceitos da justiça social e da igualdade material).

STF – 2ª T. – Ag. RE 271.2886-8/RS – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 24.11.2000 (afirmando que a interpretação da norma constitucional programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O direito à saúde constitui direito público indisponível garantindo a generalidade das pessoas, o que impõe ao poder público garantir o acesso à saúde à generalidade das pessoas).

STF – 2ª T. AgR. RE410.715-5 – Rel. Min. Celso de Mello – 22.11.2005 (qualificando o direito à educação como um “dos direitos sociais mais expressivos, direitos derivados da segunda geração de direitos cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional).

TRF – 2ª Região – 3ª Turma – AC 2002.51.01.0007770 – Rel. Des. Tânia Heine – j. 03.06.2003 (afirmando que o sistema jurídico apresenta lacunas decorrentes do descompasso entre o processo legislativo e as transformações sociais, o que justifica a utilização de uma interpretação analógica no caso de questões não previstas na legislação).

²⁰¹DIAS, *op. cit.*, p.23

²⁰² Em referência ao assunto, segue jurisprudência, garantindo acesso de casais gays ao Seguro DPVAT, sobre o argumento de que os casais homossexuais merecem o mesmo tratamento jurídico que os casais heterossexuais, assim não faz sentido negar-lhes o recebimento do valor do seguro obrigatório (JF/SP – 7ª Vara Federal – ACP – 2003.61.00.026530-7 – Juiz: Diana Prunstein – j. 03.03.2006). Menciona-se também, que, a Circular nº 257, 21.06.2004, proveniente da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, especialmente autoriza a possibilidade de pagamento do Seguro DPVAT ao parceiro homoafetivo por conta de acidente de trânsito sofrido por veículo automotor.

TRF 4ª Região – 6ª Turma – AC 2000.71.00.009347-0/RS – Rel. Min. João Batista Pinto Silveira – DJU 10.08.05 (alegando que a exclusão de casais homossexuais da união estável impede que eles tenham acesso a direitos classificados como direitos fundamentais).

Registra-se ademais, o que a jurista gaúcha acrescenta²⁰³:

Que os avanços começaram no âmbito da Justiça, surgiu a necessidade de qualificar os profissionais para atender à crescente demanda deste segmento na busca de direitos, o que levou a Ordem dos Advogados a criar Comissões da Diversidade Sexual em todos os cantos do Brasil.

O tratamento igualitário aos casais homossexuais garante-lhes acesso a uma gama de direitos: sucessórios, previdenciários, visitação, adoção, tutela, benefícios fiscais, alimentos, etc. Desse modo, com o intuito de promover um estudo mais profundo, alguns desses direitos viabilizados judicialmente como prática redistributiva são elencados nas linhas seguintes e vistos pormenorizadamente em tópicos.

7.2 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

É cediço que em matéria previdenciária, cabe à União legislar sobre os benefícios concedidos pelo INSS (para os trabalhadores do setor privado) e para o regime próprio de seus servidores públicos. Os benefícios previdenciários aos servidores estaduais e municipais (onde exista regime próprio de previdência) cabem às respectivas esferas.

Os direitos previdenciários do companheiro homossexual, no Brasil, obtiveram grandes avanços na primeira década do século XXI, especialmente, a partir do momento em que o INSS foi obrigado pela justiça federal a reconhecer administrativamente alguns direitos previdenciários em todo o território nacional. Nesse ensejo, a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 determinou que o Instituto de Seguridade Social (INSS) passasse a amparar o companheiro homossexual, estendendo-lhe benefícios anteriormente só concedidos aos casados ou aos companheiros estáveis heterossexuais. Por força de norma expressa, o companheiro homossexual tem direito à pensão por morte e ao auxílio-reclusão. A doutrina²⁰⁴ refere-se a essa medida como a inauguração da união estável homossexual no direito positivo

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Um Estatuto para a Diversidade Sexual**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/84__4ec20ed3343eb233bcc024c20c2614be.pdf>. Acesso em 20ago.2013.

²⁰⁴ VARGAS, Fábio de Oliveira. Comentando o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 132 e ADPF 4277 *In.*: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. (Coord.). **União estável entre homossexuais: comentários à decisão do STF face à ADI 4.277/2009 e à ADPF 132/2008**. Curitiba: Juruá, 2012, p.111.

brasileiro decorrente da intelecção de casas judiciais de maneira respectiva e preservando os valores constitucionais tutelados.

Consequentemente, a Diretoria Colegiada do INSS, então, editou a Instrução Normativa nº 25, de 07.06.2000, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Trata-se de instrumento normativo pioneiro na seara administrativa, pois, pela primeira vez, o direito positivo brasileiro nominou de “união estável” a convivência homossexual expressamente no art. 3º da referida Instrução Normativa. A partir daí foram abertas diversas portas à consolidação de uma jurisprudência fortificada nessa temática ao longo dos anos, como se pode verificar no exemplar arresto abaixo selecionado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSSNº25/2000. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela Juíza Federal da 3ª Vara-CE, Drª GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, que em sede de ação ordinária proposta visando à concessão de pensão por morte deixada por ex-servidora do Ministério da Saúde (companheira homossexual), concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício. 2. Sobre o ponto nodal do litígio, já decidiram outros tribunais pátrios acerca de idêntico tema, na mesma linha de entendimento adotada pelo MM. Juízo a quo, no sentido de que assiste direito ao companheiro do de cujus, decorrente de relação estável homossexual, à percepção de benefícios previdenciários. 3. Precedente do STJ: "(...) 5 - Diante do parágrafo 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. (...) Não houve, (...) de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, (...)"(STJ - 6ª Turma - REsp 395904/RS - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - J. em 13.12.2005 - DJ 06.02.2006 - p. 365). Precedente desta Corte: "(...) O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro (a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia (...)"(TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002). 4. Preenchidas pela Agravada diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada, tais como contas de energia, contrato de sociedade comercial, contrato de seguro de vida e testamento público, além de fotos em comum (fls. 146-148), corroboradas, ainda, pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fl. 181), revela-se indiscutível a alegada relação de companheirismo. 5. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido. (TRF 5ª Região - AGTR 52117 CE 0028714-86.2003.4.05.0000, Rel. Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos (Substituto), julgamento 30.03.2006, 1ª Turma, DJU publicado em 30.05.2006, p. 877, n. 102, ano 2006).

O INSS então regulamentou também por meio de instrução normativa a maneira como o companheiro homossexual deve comprovar essa união. Atualmente, essa regulamentação encontra-se nos artigos 30; 52, §4º; 271 e 292 da Instrução Normativa do INSS nº 20, de 10 de outubro de 2007, que, sempre se referindo à ação judicial que originou a obrigação, prevê o benefício de pensão por morte e auxílio-reclusão, referente a óbitos ou prisões ocorridas a partir de 05 de abril de 1991, exigindo-se apenas a comprovação de vida em comum.

Seguindo essa tendência e procurando realizar a efetivação do princípio da justiça social, vários estados e municípios do país reconheceram, seja por simples norma administrativa, seja modificando as leis que regiam a matéria, o direito de seus servidores públicos inscreverem o companheiro homossexual como beneficiário de seus regimes próprios de previdência. Nesse sentido, a Câmara Legislativa da cidade do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 3.786/2002, equiparou o companheiro homossexual ao companheiro heterossexual para fins de benefícios previdenciários. Os vereadores da cidade de Aracaju também incluíram o companheiro homossexual como beneficiário de direitos previdenciários pela Lei nº 04 de 2008.

Normas internas de empresas públicas e privadas têm seguido o mesmo exemplo na regulamentação de seus planos de previdência complementar, tais como o BNDES, a Petrobrás, a Radiobrás e a Caixa Econômica Federal.

Em função da Instrução Normativa nº 118 do INSS, que alterou o art. 30 da lei que regula o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), hoje vigora proteção previdenciária com efeitos *ex tunc* em favor do companheiro do mesmo sexo que fizer prova de união estável e da dependência econômica (esta última considerada inexigível por alguns) em face do companheiro falecido ou recolhido preso. Ver, por exemplo: TJSC – 2ª Câmara de Direito Público – AI 2004.021459-6 – Rel. Des. Luiz César Medeiros – j.04.11.2004 (afirmando que a estabilidade implica a dependência econômica); TJRJ – 3ª Câmara Cível – AC 2002.001.20831 – Rel. Des. Murilo Andrade de Carvalho, j. 10.06.2003 (afirmando que a configurada a união estável resta também comprovada à existência de dependência para fins de união estável).

Imperioso destacar que a criação de um acervo jurisprudencial forte favorece a inclusão também de outros direitos previdenciários, cuja estrutura é capaz de produzir a redistribuição material como consequência lógica da igualdade e de prática antidiscriminatória, como se vê: STF – Pet. 1.984-9/RS – Rel. Min Marco Aurélio de Melo – 2002.2203 (afirmando que o texto constitucional brasileiro estabelece a construção de uma sociedade igualitária como objetivo fundamental, o que justifica a extensão de direitos

previdenciários aos casais homossexuais); STJ – 6ª Turma – Resp. 395.904 Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJ 06.02.2005 (assegurando que o princípio da igualdade caminha junto com o princípio da justiça social, o que justifica a extensão dos direitos previdenciários ao parceiro de um servidor público falecido); TJSC – 2ª Câmara de Direito Público – AI 2004.021459-6 – Rel. Des. Luiz Cesar Medeiros – j. 04.11.2004 (sustentando que os princípios que pretendem assegurar a justiça social devem ser invocados para justificar o deferimento de liminar garantindo o acesso a casais homossexuais a benefícios previdenciários).

Ressalte-se que o sistema previdenciário brasileiro é solidário, portanto, a forma contributiva é compulsória, não sendo razoável a exclusão de companheiro(a), apenas em razão da igualdade de sexo dos parceiros, pois não se justifica o tratamento desigual às uniões homoafetivas ou heteroafetivas, seja no Regime Geral da Previdência Social, seja no Regime Previdenciário Próprio de Previdência Social, como se vê:

REEXAME NECESSÁRIO - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR ESTADUAL - INCLUSÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - COMPANHEIRO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. É de ser considerado dependente do servidor segurado do Regime Próprio de Previdência Social e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais o respectivo companheiro homoafetivo, em igualdade de condições com o da classe de companheiro heterossexual, assegurando-lhe, a partir da inclusão, os benefícios previdenciários pertinentes. (TJMG, Reexame Necessário nº 1.0024.11.010413-0/001, Rel Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, p. 09/08/2013).

O reconhecimento de direitos previdenciários aos parceiros de mesmo sexo é corolário da isonomia e fator de antidiscriminação, introduzindo, assim, novos elementos de consideração racional entre o fator diferenciador e o objetivo da legislação como fito de estabelecer uma forma de avaliação racional entre o fato, a norma e os princípios que estruturam o atual panorama constitucional. Ou seja, negar direitos previdenciários aos casais homossexuais é uma forma de tratamento arbitrário porque seria utilizada a orientação sexual como elemento de ‘discrimen’, o que não tem qualquer sustentáculo para o exercício de um direito fundamental, especialmente quando se trata de garantia vinculada à manutenção das condições mínimas de sobrevivência de uma pessoa.

7.3 PENSÃO POR MORTE

A articulação da igualdade como princípio transformador, atrelada ao pluralismo, à construção de uma sociedade justa, bem como à cidadania e à dignidade humana são pressupostos constantes na referência da construção jurisprudencial, que serve de base fundamental para a equiparação dos efeitos matrimoniais entre os casais homoafetivos e os heteroafetivos, também no que concerne à concessão de pensão por morte.

Nesse sentido, no seio da jurisprudência, temos: TJES – 3ª Câmara Cível – AC 024.04.007115-1 – Rel. Des. Rômulo Taddei – DJ 26.01.2007 (afirmando que o princípio da dignidade da pessoa humana justifica o reconhecimento do direito à pensão por morte para companheiro homossexual, mesmo não havendo expressa previsão legal); TRF – 4ª Região – 5ª Turma – AC 2001.70.00.027992-0/PR – Rel. Des. Nefi Cordeiro – DJU 09.03.2005 (reconhecendo o direito de um companheiro sobrevivente à pensão por morte, uma vez provada a convivência *more uxório*, o que comprova a dependência econômica); TJMG – 7ª Câmara Cível – AC 1.0024.05.750258-5/002(1) – Rel. Des. Belizário de Lacerda – j. 23.11.2007 (concedendo direitos previdenciários a um companheiro sobrevivente a partir da comprovação robusta de que a parte manteve uma vida conjugal com o companheiro falecido).

Efetivamente, trata-se de um processo de construção jurisprudencial que firma argumentos antidiscriminatórios baseado na igualdade plena, evitando exclusão arbitrária de indivíduos devido à sua orientação sexual, o que violaria diretamente a Constituição Federal de 1988. Tais julgados também ratificam o comprometimento das cortes brasileiras de evoluir para uma interpretação progressista do texto constitucional em uma perspectiva que, independentemente de regulamentação por norma específica, ajusta-se a uma realidade social que está em constante mutação e que, muitas vezes, socorre-se ao Poder Judiciário para lograr certificação material da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

7.4 DIREITO À HERANÇA

Dúvidas não há de que qualquer tipo de entidade familiar, inclusive aquelas formadas por companheiros do mesmo sexo decorrem variados efeitos jurídicos, que repercutem não só na seara pessoal e íntima como igualmente tem repercussão econômica. Em outras palavras: a

comunhão de vida com o propósito de servir à realização individual das pessoas que vivem em união estável projeta efeitos pessoais e também patrimoniais em relação aos companheiros.

No que diz respeito aos efeitos patrimoniais, eles decorrem de modo natural, independente da vontade das partes, logo, há uma variada gama de situações jurídicas decorrentes dos direitos, sejam esses reais, sejam obrigacionais. Tais efeitos se configuram em algo absolutamente natural nas entidades familiares, isso porque os companheiros assumem de maneira solidária os encargos de cuidar e manter o sustento do lar, respondendo, assim, pelas despesas comuns para manutenção da casa, da prole e de seus membros. Na verdade, quando duas pessoas se entregam a um relacionamento afetivo, isso os entrelaça afetivamente como também repercute efeitos de índole patrimonial.

O direito à herança e o direito real de habitação são consequências da lógica jurídica de efeito patrimonial e estão relacionados ao reconhecimento das uniões homoafetivas, no que refere à construção de um patrimônio comum pelo casal. Assim como acontece com os relacionamentos de pessoas de sexos opostos, o companheiro é tido por meeiro e como tal tem direito à herança e a posse dos bens após o falecimento do parceiro, o que deve ser deferido ao sobrevivente.

Trata-se de efeito patrimonial decorrente da união estável, cuja previsão repousa no Código Civil, em seu artigo 1.790 e nos seguintes. Sobre o tema, destaca-se arresto do STJ (4ª Turma – REsp. 148.897 – Rel. Des. Ruy Rosado – DJU 06.04.1998) reconhecendo o direito de um companheiro sobrevivente a receber parte do patrimônio baseado no argumento de que pessoas do mesmo sexo formam uniões baseadas no afeto e no companheirismo, fato que gera obrigações jurídicas.

Vale dizer, portanto, que o tratamento igualitário de casais do mesmo sexo inevitavelmente trará repercussões patrimoniais seja na constância da união seja após sua dissolução, inclusive em virtude do falecimento de um dos parceiros. Isso se dá porque naturalmente o sobrevivente terá direito de reclamar além da sua meação²⁰⁵, o direito à herança (inclusive podendo pleitear a inventariança²⁰⁶), o direito real de habitação e os eventuais benefícios previdenciários, já tratados em tópicos anteriores. Tudo isso, aplicando-se, além da presunção de colaboração dos parceiros na aquisição do patrimônio

²⁰⁵ Ver por exemplo, nesse sentido: TAMG – 2ª Câmara Cível - AC 360.826-8 - Rel. Des. Alberto Vilas Boas - j. 27.08.2002 (acordam que garante ao companheiro homossexual sobrevivente a posse dos bens imóveis e carros adquiridos na constância do relacionamento); TJPR - 11ª Câmara Cível - AC 404.392-7 - Rel. Des. Maria Rau - j. 01.08.2007 (acordam garantindo o direito a metade do patrimônio deixado pelo companheiro falecido ao companheiro supérstite).

²⁰⁶ Lei 12.195/2010 – Reconhecendo uma interpretação construtiva e sistêmica, outorgou nova redação ao art. 990 do Código de Processo Civil, conferindo a possibilidade de se nomear como inventariante “o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”.

em comum, o regime da comunhão parcial de bens. Adicionalmente, tem de se levar em conta as Leis 8.971/94 e 9.278/96, assim como o art. 1.725 do Código Civil, todos atinentes à matéria e reconhecida sua aplicabilidade aos casais independente da dualidade de sexos que os compõem.

7.5 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação é garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro de continuar a residir no único imóvel do casal de natureza residencial e que se transmite em razão do falecimento de um dos pares. Na verdade, trata-se de uma garantia legal que visa respaldar o direito de moradia do cônjuge/companheiro supérstite a fim de que ele continue no lar do casal, independentemente do fim da sociedade afetiva em virtude do falecimento de um deles. É reconhecidamente um direito real sobre a coisa alheia, que é vitalício.

Imperioso destacar que o direito real de habitação é reconhecido expressamente no artigo 1.831 do Código Civil. Contudo, o citado dispositivo não faz qualquer referência aos companheiros. Malgrado o silêncio da lei civil acerca do direito real de habitação ao companheiro, a jurisprudência²⁰⁷ e a doutrina²⁰⁸ são unânimes em ratificar sua aplicação em razão do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 (a qual traz matéria específica) não revogado pela superveniência ao Código Civil de 2002. Como se vê da leitura do referido artigo: “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência familiar”.

Outrossim, o enunciado 117 da Jornada de Direito Civil corrobora em reconhecer expressamente a extensão do direito real de habitação aos companheiros: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput* da CF/88”.

De fato, é fácil perceber que o direito real de habitação existe tanto em favor do cônjuge como do companheiro, sob pena de afrontar o texto constitucional. É de se defender uma interpretação conforme a Constituição no intuito de admitir a extensão de tal direito aos conviventes, independentemente da orientação sexual de sua constituição familiar, pois

²⁰⁷ TJRS, Ac. Unânime, 8ª Câmara Cível, Ag. Instr. 70009524612, Rel. Des. Rui Porta Nova, j. 18.11.2004.

²⁰⁸ Nessa esteira, DIAS, *op. cit.*, p.176.

qualquer outra interpretação diversa, implicaria um retrocesso legal. Por este motivo, o Poder Judiciário tem agasalhado a concessão do direito real de habitação aos companheiros do mesmo sexo, aplicando, dessa maneira, a justiça e sedimentando, acima de tudo, a dignidade humana, fulcrada na Constituição cidadã, como se verifica: TAMG – 2ª Câmara Cível – AC 360.826-8 – Rel Des. Alberto Vilas Boas – j. 27.08.2002 (garantindo direito à posse a um companheiro homossexual sobrevivente sobre móveis e carros adquiridos na constância do relacionamento).

7.6 DIVISÃO DE PATRIMÔNIO COMUM

O relacionamento de duas pessoas, independentemente da diversidade de sexo, caso seja reconhecido como união estável, ou efetivamente matrimônio, em ambos os casos quando extinto gera implicações financeiras, especialmente no que concerne à divisão de patrimônio comum pela aplicação da presunção de contribuição de ambos na constituição dos bens. Assim, para evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento da outra, é estabelecida a divisão do patrimônio comum quando o relacionamento chega ao fim.

A separação do casal enseja a partilha dos bens comunicáveis adquiridos na constância da sociedade conjugal, e a partir daí será realizada a partilha desses bens, seja consensualmente em Cartório ou através de processo judicial, inclusive quando os consortes são do mesmo sexo. Nesse sentido ver: TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado – AC 246.550-4/9 – Rel. Des. Natan Zelinschi Arruda – j. 21.03.2005 (o tribunal decidiu que o afeto mútuo e o companheirismo e a liberdade pessoal caracterizam as relações homoafetivas do mesmo modo que as relações heterossexuais e que a existência desses elementos constitui prova de contribuição financeira para construção do patrimônio comum); TJPR – 17ª Câmara Cível – AC 0214205-8 – Rel Des. Salvatore Antônio Astuti – j. 12.04.2005 (determinando a dissolução judicial de uma união homoafetiva porque as partes provaram que viviam como um casal e que cominaram esforços para formar patrimônio comum).

O reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar enseja sua regulação pelas normas atinentes à união estável, as quais, importam no reconhecimento reflexo das questões patrimoniais do casal que serão regidas pelo regime da comunhão parcial de bens, o que dispensa a necessidade de comprovação de esforço comum exigida pela

súmula 380 do STF²⁰⁹. Havendo, nesse caso, uma presunção de empenho em comum, por ambos, operando-se a partilha dos bens adquiridos durante a convivência pública, contínua e duradoura nos mesmos moldes que se aplica aos casais heterossexuais em união estável.

De igual forma, o casamento homoafetivo quando dissolvido também trará repercussão de divisão patrimonial, aplicando-se nessa hipótese o regramento de acordo com o regime de bens adotado pelos nubentes e seguindo o Código Civil nos seus artigos atinentes a matéria, afastando-se qualquer tipo de tratamento discriminatório.

7.7 DEVER DE PAGAR ALIMENTOS

Levando em consideração que a finalidade precípua da família contemporânea passou a ser a solidariedade social e as demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso do indivíduo como ser humano, é inconteste que o núcleo familiar se torna moldado pelo afeto que regem as relações familiares. Todavia, finda a relação afetiva, aplicam-se a tais relações os efeitos decorrentes da mútua assistência entre as partes.

Sendo assim, o dever de mutua assistência do casamento ou união estável é substituído pela obrigação de pagar alimentos a ser prestada entre os cônjuges ou companheiros quando o relacionamento chega ao fim e algum deles não tem meios de manter a própria subsistência.

A obrigação de pagar alimentos observa o binômio capacidade do alimentante e necessidade do alimentando, sendo regulado pelo artigo 1.704 do Código Civil, que prescreve que somente se verifica a prestação alimentícia entre os cônjuges quando houver efetiva necessidade e o pretendente da verba não tiver bens suficientes para prover sua manutenção, nem pode provê-la pelo seu trabalho (art. 1695 do CC).

Assim, é plenamente possível a aplicação dessas regras também para a união homoafetiva, nessa esteira, há precedentes em Pretórios brasileiros: TJRJ - 17ª Câmara Cível – AC 2005.001.20610 – Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere – j. 18.03.2005 (reconhecendo o direito de companheiro homossexual a receber alimentos sob o argumento de que o reconhecimento das uniões homoafetivas tem importância fundamental para a efetivação da dignidade humana dos indivíduos que se concretiza na forma de acesso a direitos); TJDF, Rec 2011.00.2.002057-3, Ac. 529.788, 1ª T. Cív., Rel. Des. Flavio Rostirola, p. 29/08/2011

²⁰⁹ STF. Súmula nº 380: comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum.

(reconhecendo a possibilidade jurídica de postulação para obter a prestação alimentícia, nos termos do artigo 1.694 do Código Civil).

Palmilhando este caminho, toda vez que os laços de família não forem suficientes para segurar uma vida digna, o sistema jurídico determina que os componentes do grupo familiar sejam instados a prestar alimentos, materializando a solidariedade constitucional. A relevância dos alimentos para o sistema jurídico é tamanha que, a partir da Emenda Constitucional nº 64/2010, o art. 6º do texto magno, recebeu nova redação para incluir a alimentação como direito social: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nessa arquitetura, a busca pela dignidade sobrepuja os valores meramente patrimoniais e exorta a necessidade de aplicação do vetor constitucional no âmbito alimentício a fim de proporcionar ao alimentando uma vida digna e ao alimentante um cumprimento do dever legal e social de fornecer o mínimo imprescindível à sobrevivência de quem recebe os alimentos, independentemente do gênero das partes que formam aquele par.

7.8 USO DO SOBRENOME DO(A) COMPANHEIRO(A)

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), no seu art. 57, §§ 2º e 3º, com redação emprestada pela Lei 6.216/75, expressamente possibilita o acréscimo do sobrenome da pessoa com quem se está vivendo em união estável, exatamente como ocorre com as pessoas casadas.

Trata-se de norma que faz referência ao acréscimo do nome de família do homem pela mulher. Todavia, à luz da isonomia constitucional e atinente ao regramento insculpido pelo Código Civil de 2002, é evidente que tal possibilidade também se estende ao homem em relação à mulher, bem como aos homossexuais quando caracterizada a união estável.

Visando o acréscimo do patronímico do(a) companheiro(a) é necessária deliberação judicial, mediante a competente ação de retificação de registro público, fundamentada no art. 109 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a qual tramitará perante a Vara de Registros Públicos com a necessária intervenção de Ministério Público, como fiscal da lei.

O deferimento do pedido, que tem jurisdição voluntária, dependerá da comprovação da existência da relação de companheirismo entre as partes e da anuência do(a) outro(a) convivente. Considerando que a caracterização da união estável, independe de lapso temporal

mínimo, é fundamental consignar que o acréscimo do sobrenome da pessoa convivente pode ser obtido a qualquer tempo, desde que provada a existência da relação familiar, como consta no art. 57, § 3º, da Lei 6.015/73.

Não há, nesse sentido, qualquer tormento no que diz respeito à dualidade de sexo para a concessão do uso do sobrenome pelo companheiro. Pode-se concluir, por analogia, que se trata de efeito decorrente do próprio reconhecimento da união estável homoafetiva e que somente pode ser pleiteada pelo companheiro(a) interessado(a), pois esse se configura como direito da personalidade do indivíduo. Portanto, tal como ocorre no matrimônio, o uso do sobrenome acrescido não é uma imposição e sim uma faculdade que depende necessariamente de ajuizamento da citada ação de retificação.

Dissolvida a união, aplicar-se-á o mesmo regramento atinente ao divórcio no que diz respeito à perda do sobrenome acrescido no que concerne à relação convivencial. Ausente a previsão específica expressa, aplicar-se-á, mais uma vez, a analogia (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Vale dizer que, tal como ocorre no matrimônio, quando dissolvida a relação, é direito da personalidade do companheiro que alterou seu nome deliberar sobre a manutenção ou não do sobrenome acrescido, uma vez que este já se incorporou à personalidade do outro.

Nota-se que, mais uma vez, resta reiterado tudo quanto já foi dito sobre a isonomia garantida pela Lei Maior atrelada à dignidade humana e à liberdade de orientação sexual. Portanto, inexistente óbice à inclusão do sobrenome do(a) companheiro(a) na relação entre pessoas do mesmo sexo, destacando-os como direito corolário da isonomia.

7.9 AUTORIZAÇÃO DE TRANSPLANTE

Seguindo a mesma linha de raciocínio, também afronta a isonomia negar que companheiro homossexual possa permitir ao parceiro fazer e/ou receber transplante de órgãos, principalmente quando o que está em risco é a vida. Isso porque, sob o prisma da razoabilidade, entre as garantias fundamentais, é absolutamente arbitrário o tratamento diferenciado entre um casal de sexos diferentes e outro do mesmo sexo. Explicitando uma nítida preocupação focada na dignidade da pessoa humana e não em padrões de moralismo.

Sendo assim, já é possível, encontrar uma interpretação construtiva na jurisprudência, garantindo-se proteção jurídica ao companheiro homoafetivo na autorização do parceiro para a realização de transplante, embasada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa

humana, para justificar a decisão, a saber: TRF – 4ª Região – 6ª Turma – AC 2000.71.00.009347-0 – RS-Rel. Des. João Batista Pinto Silveira – DJU 10.08.2005; JF/SP – 9ª Vara Cível – ACP 2005.61.009000598-6 – Juiz: Otávio Henrique Martins Porte, j. 25.05.2005.

Por tudo isso, é nítido enfatizar que o impedimento do companheiro do mesmo sexo para autorizar a realização de transplante infringe as diretrizes constitucionais da ordem jurídica brasileira. Assim, o direito tem que proteger a vida e não se atrelar à orientação sexual da pessoa que necessita da intervenção médica ou daquele que vai fazer doação de órgãos ou tecidos.

A mera interpretação literal da legislação é insuficiente para justificar a exclusão de casais do mesmo sexo no que concerne à autorização de transplantes, pois viola frontalmente o princípio da justiça simétrica. É necessário, portanto, que processo de interpretação dos tribunais permitam uma abrangência do que prescreve a lei a fim de avaliar com racionalidade a inclusão da dimensão da isonomia material como forma de incluir a autorização para a realização de transplantes e/ou recebimento de órgãos também por parceiros do mesmo sexo.

7.10 VISTO DE PERMANÊNCIA

Procurando proteger a família e as pessoas que fazem parte dessa relação afetiva, sejam heterossexuais ou homossexuais, a expansão de direitos tem se mostrado o caminho mais próspero para efetivar a igualdade formal no plano fático. Nesse sentido, desde 2003, decisões judiciais têm concedido ao estrangeiro, que comprove ter um relacionamento homossexual estável com um brasileiro, o direito ao visto de permanência no país, dando o mesmo tratamento às uniões entre sexos opostos.

O Conselho Nacional de Imigração publicou a Resolução Normativa CNI nº 77, de 29 de janeiro de 2008, que dispõe sobre os critérios para a concessão de visto, sem distinção quanto ao sexo dos interessados. Ainda em 2008, o Ministério da Justiça elaborou projeto de lei (PL nº 1151), alterando a Lei nº 6.815, de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), para que a disposição seja incluída na lei, que institui a parceria civil registrada e aguarda apreciação pelo Legislativo, dentre as leis também altera o Estatuto do Estrangeiro para prever os mesmos direitos aos parceiros homossexuais, evitando que a matéria fique regulamentada apenas em um ato administrativo infralegal.

Em 14 de maio de 2010, o Ministério das Relações Exteriores enviou circular às embaixadas e consulados de 207 países, informando que passaria a conceder passaporte diplomático ou oficial aos companheiros homoafetivos de servidores do referido Ministério, que prestam serviços no exterior. Para ter direito ao passaporte, o companheiro deve estar inscrito na divisão de pessoal como dependente do servidor para fins de assistência médica, benefício este que o Ministério já reconhece desde 2006.

O plano de justiça simétrica justifica plenamente a concessão de visto de permanência a companheiro homoafetivo no Brasil, o que jurisprudencialmente se vê com regularidade, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VISTO PERMANENTE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Desde o julgamento em conjunto pelo STF da ADPF 132 e da ADI 4.277, tem-se sólido que a expressão constitucional "família" engloba a união homoafetiva. 2. A propósito: "INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva." (ADPF 132, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607- 01 PP-00001). 3. Com efeito, há a prova oral, constante dos depoimentos das testemunhas arroladas, sem discrepância entre eles, unanimemente atestando e corroborando a situação fática descrita na inicial e a existência de união estável, surgida no ano de 1997, de forma monogâmica e notória para a sociedade. 4. Com essas considerações, irreparável a sentença *a quo* no sentido de reconhecer a união homoafetiva existente, atribuindo a ela os mesmos efeitos da união estável, com base na qual ficou o autor autorizado a requerer administrativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, o visto permanente, bem como de assegurar a permanência do autor no Brasil até a apreciação de seu requerimento de visto. 5. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 200438000410656 MG 2004.38.00.041065-6, Relator: Juiz Federal Marcio Barbosa Maia, Data de Julgamento: 23.07.2013, 4ª Turma Suplementar, Data de Publicação: e-DJF1 p. 419 de 02.08.2013)

Desse modo, a concessão de visto de permanência no Brasil concedida nos tribunais perpassa pelo reconhecimento de uma união homoafetiva baseada na convivência e comprometimento mútuo, independentemente do gênero. Ratificando a intenção das medidas acima citadas e que demonstram a possibilidade de interpretar a lei de maneira extensiva e isonômica.

7.11 QUALIDADE DE DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE

Os tribunais assumem grande importância na aplicação da isonomia material, na medida em que a ausência de legislação específica regulando determinados direitos e obrigações decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como a inclusão do companheiro homoafetivo como dependente do parceiro no plano de saúde, não pode servir de escusa para negativa desse direito.

Assim, utilizando-se de um método interpretativo extensivo, bem como a aplicação da analogia, expressamente prevista no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, possibilita a construção fundamental para a ampliação de benefícios às pessoas que vivem em união homoafetiva. Veja-se, a esse respeito: TJMS – 2ª Turma Cível – AC 2006.012197-9, Rel. Des. Orácio Vanderlei Nascimento Pithan – j. 26.06.2006 (reconhecendo o direito de funcionário público nomear seu companheiro como dependente no plano de saúde porque a Constituição Brasileira estabelece a promoção do bem comum como direito fundamental); TRF 4ª Região – 3ª Turma – AC 9604553330 – Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler – j. 24.11.1998 (acolhendo o pedido de inclusão do companheiro homossexual como beneficiário de plano de saúde).

Nesse mesmo sentido, a Agência Nacional de Saúde de Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 12, de 04.05.2010, publicada no Diário Oficial da União (D.O.U.) de 05.05.2010, Seção I, determinando que, para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

Vale registrar ainda que o Ministério de Desenvolvimento Agrário reconheceu a união estável de seus funcionários homossexuais e concedeu-lhes o direito de incluir os seus parceiros como beneficiários do plano de saúde. O mesmo ministério concedeu escritura a 02 (dois) casais de lésbicas no seu programa de reforma agrária. Instituições como a RADIOBRÁS e o BNDES também passaram a reconhecer o direito de funcionários homossexuais que vivem em união estável de incluir os seus companheiros em plano de saúde. Iniciativa essa seguida pela Caixa Econômica Federal, pelo Banco do Brasil e pela Petrobrás²¹⁰.

²¹⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 58.

7.12 LICENÇA REMUNERADA

O direito à licença remunerada para cuidar do filho, seja esse concebido ou adotado é uma garantia legal, cuja vinculação é garantir ao filho indispensável e insubstituível convívio com os pais como condição de saudável desenvolvimento da criança, cuja previsão resguarda sintonia com o texto constitucional e com o ECA, visando a proteção integral da criança ou adolescente.

Por essas razões, é razoável o tratamento isonômico para conceder ao casal em união homoafetiva licença de 120 (cento e vinte) dias no caso de adoção ou guarda de criança de até um ano de idade, independentemente da orientação sexual de seus pais. Assim, já se decidiu pela concessão da referida licença remunerada de 120 (cento e vinte) dias com a prorrogação de 60 (sessenta) dias, prevista art. 2º, § 1º do Decreto 6.690/08, estendida ao casal homoafetivo (TRF – 3ª Região – 5ª Turma - AI003276311520124030.000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, e-djf3judicial1, data 17.06.13). Como já mencionado no tópico da licença natalidade, a Lei nº 12.879/2013, introduziu no ordenamento brasileiro a expressa possibilidade de concessão de tal licença também na hipótese de homoparentalidade.

Sem dúvida, não há razoabilidade na negativa do gozo de licença remunerada para os casais homoafetivos, uma vez que se trata de garantia destinada ao saudável convívio entre pais e filhos e que visa o equilíbrio das relações familiares e a nova lei vem justificar essa garantia já consagrada nos pretórios.

Em verdade, com base na principiologia contida no ECA e do texto constitucional, a melhor opção reputa pela concessão da licença remunerada a qualquer um dos pais independentemente do gênero e da formação da entidade familiar, fazendo assim, jus à regra da igualdade substancial. Portanto, incorporando o espírito garantista da busca do melhor interesse da criança, bem como abraçando uma interpretação Constitucional que proteja uma ordem jurídica isonômica, justa e solidária.

7.13 DIREITO DE VISITAS

Arelada à paternidade responsável, impossível deixar de reconhecer o direito de qualquer dos pais em relação à visitação do filho, seja esse concebido ou adotado. Conveniente esclarecer que mais do que uma obrigação, a visitação é um direito entre pais e filhos, que alberga a família como um todo, visando fortificar os vínculos afetivos que não

podem ficar restritos apenas ao detentor da guarda do menor. Mantendo um saudável e rotineiro vínculo de comunicação e afetividade entre pais e filhos.

Quanto à matéria, o artigo 1.589 do Código Civil prescreve que o pai ou a mãe, em cuja guarda não esteja o filho, poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia segundo o acordado entre os pais ou fixado pelo juiz. O artigo 1.583, §3º do Código Civil reforça, ainda mais, a obrigação do genitor não guardião de supervisionar os interesses dos filhos, bem como decidir acerca de questões importantes da vida do menor.

Assim, não sendo adotada a guarda compartilhada pelo casal, as visitas do genitor visam o benefício do filho menor ou incapaz para poder manter com ele um saudável contato e comunicação, fortificando os vínculos de filiação e estabilidade afetiva entre pais e filhos, com vistas a satisfazer o princípio do melhor interesse do menor, à luz do ECA. Inclusive, quando se trata de um casal formado por pessoas do mesmo sexo.

Vale registrar que há julgados nesse sentido: argumentando que a afetividade tornou-se uma realidade digna de tutela jurídica, o que justifica o reconhecimento de visita no caso de filiação homoparental. (TJRS – 7ª Câmara Cível - AI 70018249631 - Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 11.04.2007).

As visitas representam, portanto, um direito e a atual jurisprudência tem entendido que o contato entre pais e filhos é essencial para o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, não se podendo negá-las por razões egoísticas, muitas vezes atreladas ao término da relação conjugal dos pais, o que independente da orientação sexual dos mesmos. Assim, é de consignar que as visitas são voltadas à busca do melhor interesse, festejada pelo ECA e pela doutrina, cuja participação dos pais é essencial para o crescimento e formação dos rebentos. Não havendo, portanto, lugar para negativa desse direito sob qualquer argumento vinculado ao poder aquisitivo, pagamento de pensão alimentícia, estado civil, muito menos orientação sexual.

8 AVANÇOS LEGISLATIVOS NA TEMÁTICA

8.1 DIREITO À LEGISLAÇÃO PROTETIVA

A principiologia encartada no texto magno demanda a maior efetividade possível, o que, em determinadas matérias, só se torna viável, aprioristicamente, mediante a existência de uma legislação específica nesse sentido. Com isso, visa-se respaldar uma gama de direitos de modo mais efetivo. Com efeito, esse ponto de vista pode ser apontada também como uma clara indicação de comprometimento do legislador com a promoção dos Direitos Humanos e justiça social, o que pode ser feito através da edificação de um arcabouço legislativo fortalecido e progressivamente evoluído em busca de uma crescente dignificação.

Nesse sentido, há uma crescente construção de normas protetivas voltadas à efetivação da igualdade de gênero e promoção da isonomia, o que será apontado a título ilustrativo neste trabalho, nas linhas que se seguem.

A partir do ano 2000, diversos municípios e estados da federação, passaram a administrativamente prever punições a comportamentos discriminatórios no âmbito da administração municipal e estadual²¹¹. O acervo legislativo é vasto e comunga da ideia de proteção da pessoa humana. Aliás, a criação de leis é medida salutar que confere segurança e tranquilidade institucionalizando, cada vez mais, uma democracia voltada para a igualdade de gênero. Nesse sentido, são pontuadas nesse capítulo algumas dessas leis que merecem destaque.

Após reiteradas decisões judiciais autorizando a realização da cirurgia de readequação sexual para os transexuais através do Sistema Único de Saúde (SUS), em 2008, esse procedimento cirúrgico (originalmente regido pela portaria do SUS nº 1.707, de

²¹¹Nesse sentido: Lei Estadual 3406 de 15 de Maio de 2000 - Rio de Janeiro; Lei Estadual 11872 de 19 de Dezembro de 2002 - Rio Grande do Sul; Lei Estadual 2615/2000 - Distrito Federal; Lei Estadual 14170/02 - Minas Gerais; Lei Estadual 10948/01 - São Paulo; Lei Estadual 12574/03 - Santa Catarina; Lei Estadual 3.157/05 - Mato Grosso do Sul; Lei Estadual 5431/04 - PI; Constituição do Estado do Pará; Lei Estadual 7309/2003 de 10 de janeiro de 2003 - Paraíba; Emenda constitucional Nº 23/2001 - Alagoas; Lei Estadual 8444/2006 - Maranhão. Lei Municipal 5275/97 de 09 de Setembro de 1997 - Salvador/BA; Lei Municipal 152/97 de 19 de Maio de 1998 - Natal - RN; Lei Municipal 9809 de 21 de Julho de 1998 - Campinas/SP; Lei Municipal 9791 de 12 de Maio de 2000 - Juiz de Fora - MG; Lei Municipal 8176 de 29 de Janeiro de 2001 - Belo Horizonte - MG; Regulamentação do art. 9º da Lei Orgânica do Município de Teresina-PI; Lei Municipal 8211/89 - Fortaleza-CE; Lei Municipal 8812/02 - Londrina-PR; Projeto de Lei 185/02 - Porto Alegre-RS; Projeto de Lei 440/01 - São Paulo-SP; Lei Municipal 4.667/97 - Maceió/AL; Lei Municipal 1549/07 - Novo Hamburgo - RS; Lei Municipal 3277 de 11 de setembro de 2001 - Alfenas-MG; Lei Municipal nº 5.304, de 17 de junho de 2007 - Colatina - ES; Lei Orgânica do Município de Olinda-PE (1990); Lei Municipal 4172/2007 de 12 de dezembro de 2007 - São João Del Rei-MG; Lei Municipal 7153 de 04 de outubro de 2007 - Blumenau-SC.

18.08.2008²¹², posteriormente alterada) passou a ser coberto pela rede pública. Atualmente tal procedimento é regido pela Portaria do SUS nº 859, de 30.07.2013²¹³, que prevê o início do tratamento a partir dos 16 anos, mediante terapia hormonal, antecedida de atendimento através de equipe multifuncional com endocrinologista, psicólogo, terapeuta, para avaliação do caso e fornecimento de medicação, hormônios e tudo quanto mais necessário para o sucesso do procedimento, chamado de processo transexualizador. Todavia, a cirurgia em si, só pode ocorrer a partir dos 18 anos (art. 11 da citada portaria).

Noutra banda, abordando o aspecto tributário e fiscal, o sistema jurídico brasileiro efetivamente reconhece, há muito, direitos patrimoniais decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Como resta evidente, há uma contribuição econômica presumivelmente paritária na construção de um patrimônio comum pelo casal. Patrimônio esse que traz diversas repercussões, inclusive de natureza tributária.

O artigo 35, inciso II, da Lei nº 9.250, de 1995, define quem pode ser dependente para fins do imposto de renda das pessoas físicas: "o companheiro ou a companheira, desde que haja vida em comum por mais de cinco anos, ou por período menor se da união resultou filho". A interpretação corrente era que se aplica apenas a companheiros de sexos opostos.

Contudo, no Estado do Piauí, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública em março de 2009 para permitir que o companheiro homossexual possa ser dependente do imposto de renda. A justiça federal concedeu liminar deferindo o pedido, válida para aquele estado.

Com base nessa ótica, em 2010, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu parecer favorável à inclusão de dependente homoafetivo em declaração de Imposto de Renda²¹⁴. O referido Parecer, de nº 1.603, faz breve digressão sobre a interferência de conceitos próprios do Direito Privado na seara tributária e busca embasamento em diversas posições jurisprudenciais nos tribunais pátrios relativas aos direitos do casal homoafetivo e conclui pela equiparação jurídica entre casais hétero e homossexuais para caracterização do companheiro de mesmo sexo como dependente na declaração do Imposto de Renda.

²¹² Portaria disponível em: http://www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html. Acesso em 28 set. 2013.

²¹³ Portaria disponível em: <http://www.brasil.gov.br/legislacoes/gm/119972>. Acesso em 28 set. 2013.

²¹⁴ De fato, como enfatiza Guilherme Calmon Nogueira Gama: "atenta à realidade social, a legislação tributária não poderia olvidar os companheiros, deixando de reconhecer a possibilidade de dedução do tributo assinalado (o IR), dada a relevância do aspecto econômico, em detrimento do jurídico. As uniões informais se mostraram como realidades mesmo anteriormente a instituição do imposto sobre a renda no Brasil e, assim, diante dos princípios aplicáveis ao tributo, não poderiam ser esquecidas, como organismos familiares que são" (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2. ed., 2001, p. 276).

O projeto de lei, (PL) nº 3712/2008, incluindo o companheiro homossexual como dependente na legislação tributária ainda não foi votado em nenhuma comissão que tramita na Câmara dos Deputados. Busca-se, hoje, uma ampliação desse direito, mediante a viabilização de apresentação conjunta de declaração de Imposto de Renda ao Fisco.

Outra questão polêmica e que reforça discriminação é a proibição determinada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de que os homossexuais masculinos doem sangue, conforme Resolução nº 153, de 2004, da ANVISA, que dita os procedimentos de hemoterapia no Brasil e, que, segue o direcionamento internacional ditado pela OMS (Organização Mundial da Saúde). Ela define que homens que tiveram relações sexuais com outros homens (HSH) nos últimos 12 meses que antecedem a triagem são inaptos temporariamente para doação de sangue.

A proibição já existia desde 1993, quando o Ministério da Saúde determinou, pela Portaria nº 1.366/93, que os bancos de sangue de todo o país rejeitem doadores que se declarem homossexuais. A regulamentação não é válida para lésbicas, que têm autorização para doar sangue, com algumas restrições: não podem ter tido relação sexual com alguém diferente de sua parceira fixa nos últimos 12 meses. A crítica voraz existente é que não se leva em conta o comportamento de risco, mas o simples fato do candidato à doação ser homossexual.

O Ministério Público Federal no Piauí ingressou com ação civil pública na tentativa de eliminar tal proibição. A liminar foi concedida em agosto de 2006, mas, posteriormente, derrubada, a pedido da ANVISA, que recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, alegando que a restrição para a doação de sangue entre homossexuais masculinos, que mantiveram relações sexuais com outros homens em prazo inferior a 12 meses, é necessária porque exames podem não detectar o vírus HIV, caso a contaminação seja recente, o que é chamado de “janela imunológica” pela área técnica.

Assim, em novembro de 2008, a juíza substituta da 2ª Vara Federal de Teresina, Maria da Penha Gomes Fontenele, proferiu a sentença mantendo a negativa da doação de gays e homens bissexuais, acolhendo os argumentos da ANVISA, segundo a qual a proibição é baseada em fatores científicos e não baseada no preconceito. O Ministério Público recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, alegando que além de discriminatória, a proibição é inócua, pois basta que o doador minta sobre sua orientação sexual para que seu sangue seja aceito. Enquanto mantidos os termos da sentença, a proibição de doação continua em vigor, bem como a necessidade de se extirpar preconceitos e estimular as doações de sangue, pois os hemocentros, em sua grande maioria, não possuem vasta reserva.

Então, em 2011, a ANVISA publicou a Portaria MS nº 1.353, de 16.06.11, dizendo que o serviço de hemoterapia não é obrigado a barrar os homossexuais, ficando a cargo do Banco de Sangue avaliar os critérios do parâmetro para seleção. Portanto, serão analisados os fatores de risco contidos na citada portaria, inclusive quanto ao comportamento sexual da pessoa, para se admitir se ela faz ou não parte do grupo de risco. Segundo expressa dicção do expediente legal, a orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para exclusão de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria (art. 1º, §5º). Todavia, na maior parte dos casos, essa regulamentação não é colocada em prática porque há nítida contradição entre a citada RDS nº 153, de 2004 e a Portaria nº 1.353, de 2011 e os Bancos de Sangue ainda se restringem ao conteúdo da primeira no momento da seleção do doador, o que leva o homossexual que quer doar sangue a mentir sobre sua orientação sexual.

A manutenção da portaria da ANVISA contribuiu para reforçar a analogia maléfica entre a homossexualidade e a AIDS, já que não é a orientação sexual que determina o fator de risco e, sim, o comportamento sexual do indivíduo de se relacionar sem o uso de preservativo, o que pode ocorrer entre gays, bissexuais e, certamente, os heterossexuais não estão excluídos desse rol. Absurdo, portanto, o apego moralista vinculado a dogmas questionáveis que obstaculizam o arejamento da matéria e a adesão a novos doadores para reforçar as reservas nos bancos de sangue por todo país.

Quanto ao ingresso de homossexuais tanto nos quadros das Forças Armadas, quanto das polícias civil ou militar, não há, na legislação brasileira, qualquer dispositivo que os impeça de ingressar em tais instituições²¹⁵. Em verdade, a única referência à homossexualidade na legislação militar é o artigo 235 do Código Penal Militar (CPM – Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), denominado "Pederastia ou outro ato de libidinagem", onde é definido como crime: "praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar". A posição do STF é de que a referência a homossexual neste artigo não caracteriza discriminação. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.299 pugnava pela declaração da inconstitucionalidade desse dispositivo, mas foi arquivada pela Corte Constitucional sem exame do mérito, sob o fundamento de que, por ser norma legal anterior à

²¹⁵ TRF – 1ª Região – 3ª Turma Suplementar – AC 1999.00.01.003173-5/DF – Rel. Des. Julier Sebastião da Silva – DJU 15.10.2001 (acórdão negando provimento ao recurso interposto pela Polícia Federal em função de decisão de 1º Grau que obrigou aquela instituição a aceitar a inscrição de candidato homossexual por entender que a sua exclusão representa grave violação ao princípio da igualdade).

atual Constituição Federal de 1988, não é passível de ser questionada via Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ao julgar HC nº 85.086-3, da relatoria do Ministro Carlos Ayres de Brito (j. 02.12.2004), que também contestava o citado artigo 235 do CPM, o STF decidiu que a discriminação por orientação sexual é proibida pelo atual texto do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal (sem ser necessário, portanto, incluir expressamente "orientação sexual" em seu texto), *in verbis*:

Naquela ocasião [julgamento do HC 82.760], ficou assentado que o dispositivo 'visa a coibir a prática de qualquer ato libidinoso, homossexual, ou não, nas dependências militares. Com isso, a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e a disciplina castrense, e não a incriminar determinada opção sexual (sic.), até porque, se tal ocorresse, haveria inconstitucionalidade palmar por discriminação atentatória ao art. 3º, inciso IV, da Carta Magna.

Mesmo não havendo disposição legal que impeça o homossexual de permanecer nos meios militares, não é de hoje que há registros de militares, abertamente homossexuais, afastados dos quadros castrenses, sob o fundamento de problemas psiquiátricos ou indisciplina²¹⁶. Ademais, militares homossexuais revelam que sofrem preconceito tanto dentro da corporação como nas ruas, pela população em geral, quando em serviço externo.

Em uma realidade mais recente, houve um levantamento realizado pelo Ministério da Defesa neste ano, que aponta que as Forças Armadas registram ao menos 30 militares gays e lésbicas que tiveram os cônjuges oficialmente reconhecidos como dependentes, garantindo acesso aos sistemas de saúde, de moradia e previdenciário. Os dados foram contabilizados até o mês de setembro deste ano. O maior número é registrado na Marinha: são 26 militares, 23 deles apresentaram declaração de união estável e outros três, certidão de casamento. Já o Exército, registra três pedidos, enquanto que a Aeronáutica diz que não é possível fazer um levantamento, pois o sistema de registro não faz essa distinção²¹⁷.

A tendência é que, agora, o registro de soldados homossexuais nos quartéis deva aumentar. Isso porque a Marinha já alterou as normas internas, acabando com termos como “mulher” ou “marido” e admitindo os dependentes apenas como “cônjuges”. Nesse passo, a Justiça determinou ao Exército a inclusão do companheiro de sargento gay da Força Aérea

²¹⁶ STM. Proc. nº 1984.01.000106-0. Rel. Min. Sérgio de Ari Pires – j.13.09.1984 (Mantendo decisão de Tribunal inferior que excluiu militar após a confissão de sua homossexualidade, porque sua conduta efeminada comprometeria a moral da instituição); STM - Proc. nº 1985.01.000112-4 - Rel. Min. Júlio de Sá Bierrenbach – j.17.04.1986 (Mantendo decisão de Instância inferior que excluiu oficial surpreendido mantendo relações homossexuais com outro homem no seu apartamento)

²¹⁷ Decisão do CNJ obriga cartórios a fazer casamento homossexual. Disponível em: <http://www.guiado militar.com.br/?area=_blogpost&post=238&ind=post-238&org=ini&tag=sargento&palavra=&top Menu =Blg #post> Acesso em: 03 nov.2013

Brasileira (FAB)²¹⁸ como dependente marido de sargento homossexual pautado na decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal. Após essa decisão, o Exército deu início a um processo para adequar “as normas internas”, que tratam de inclusão de dependentes, buscando estender aos casais homossexuais todos os direitos concedidos aos heterossexuais. Enquanto os manuais estão em adequação, os militares que possuem uma união homoafetiva, em tese, não precisarão mais recorrer à Justiça, pois estão sendo reconhecidos administrativamente.

Segundo a Marinha, o alto número de registros ocorre devido a uma mudança feita no manual de Declaração de Dependentes e Beneficiários, chamada de DGPM-303. O texto, de 1996, sofreu revisões em outubro de 2011, também como efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal de equiparar os direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. A equiparação de direitos na legislação em favor dos servidores públicos militares é certamente uma conquista especialmente se levar em consideração a rigidez própria das instituições castrenses, pragmáticas por sua própria essência e que transita por uma transformação positiva tendente a reforçar uma compreensão igualitária de gêneros.

Vê-se, assim, que de forma gradual, vários avanços são galgados tanto na jurisprudência quanto em instrumentos normativos esparsos. Todavia, há ainda uma premente necessidade de uma legislação específica, que avance mais e albergue uma gama de direitos que manejam um tratamento mais direto; a respeito do tema, procurou-se no trabalho em foco pinçar o mais abrangente projeto de lei em tramitação, qual seja, o Estatuto da Diversidade Sexual, que mereceu um item próprio neste capítulo.

8.2 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM TRAMITAÇÃO

O debate público sobre iniciativas legislativas acerca de temas relevantes é dinâmica salutar e imprescindível à vida democrática. Com efeito, não é mais admissível condenar uma parcela da população à invisibilidade, deixando-a desprovida de norma específica que tutele a matéria em apreço, especialmente quando se trata de tema que sedimenta a efetivação de princípios fundamentais. Portanto, a positivação de direitos é uma necessidade eminente, que prescinde de vontade e que espanque os preconceitos. Inclusive, o próprio STJ no julgamento

²¹⁸ O reconhecimento foi publicado em 22 de abril de 2013 no boletim interno ostensivo número 75 do Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta 3). A Força Aérea Brasileira (FAB) reconheceu o casamento homossexual de um sargento que trabalha no Recife e aceitou o pedido dele para cadastrar o marido – um vendedor - como dependente.

paradigma da ADPF 132/2008 e ADI nº 4277/2009 reforçou a importância do papel do Legislativo nesse mister.

Nesse prisma, a concessão de direitos já permitidos jurisprudencialmente, tais como adoção por casais homoafetivos, expedição de visto de permanência a parceiro estrangeiro, soma de rendimentos do casal homoafetivo para concessão de financiamento imobiliário, inclusão de parceiro como dependente em planos de saúde, entre outros, ainda contam com a inércia legislativa e demandam tratamento em lei específica.

Em face da lacuna legal e visando a promoção da igualdade de gênero, tramitam, hoje, no Congresso Nacional diversos projetos de lei²¹⁹, que tratam sobre a temática. Dentre esses, destacou-se, no presente trabalho, a Proposta do Estatuto da Diversidade Sexual, pela sua maior abrangência e tentativa de apresentação via lei de iniciativa popular – que desencadeou movimento nacional para coleta do número de assinaturas necessárias para tal desiderato, com vias a que o clamor popular possa sensibilizar o legislativo no que concerne à apreciação das matérias ali ventiladas.

8.3 O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL: A CONSTRUÇÃO DE UM MICROSSISTEMA

A criação de um microssistema é um mecanismo legislativo arrojado que visa a reunião de princípios e normas de conteúdo material e formal protetivos para formar um conjunto normativo de tratamento diferenciado. Isso já acontece com outras legislações

²¹⁹ **Projeto de Lei 5.002, de 2013** - Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973; **Projeto de Lei 612, de 2011** - Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo; **Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2011** - Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero; **Proposta de Emenda à Constituição nº 111, de 2011** - Altera o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual; **Projeto de Lei 457, de 2011** - Aumenta a pena dos crimes contra a honra, previstos nos arts. nº 138, 139 e 140, caput e § 2º; altera a redação do § 3º do art. 140, para incluir a orientação sexual e identidade de gênero como elementos para injúria qualificada e acrescenta a possibilidade de aumento de pena para dois terços no art. 141, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; **Projeto de Lei 2.153, de 2011** - Altera o § 2º do art. 42 da Lei n. 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos; **Projeto de Lei 1.959, de 2011** – Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social; **Projeto de Lei 1.846, de 2011** – que estabelece que constitui crime de tortura constranger alguém em razão de discriminação sexual; **Projeto de Lei 1.510, de 2011** – Acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos, dentre outros. Disponíveis para acesso nos sites: www.camara.gov.br e www.senado.gov.br.

especiais, a saber: o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Igualdade Racial e o Estatuto da Juventude.

Convém consignar, que a expressão ‘diversidade’ está ligada às distintas possibilidades de expressão e vivência social das pessoas, dadas por aspectos de orientação sexual, gênero, sexo, faixa etária, raça/cor, etnia, pessoa com deficiência, entre outros. Essa diversidade, muitas vezes, demanda a necessidade de criação de regras próprias a fim de ratificar a isonomia constitucional.

Com efeito, a técnica mais moderna de inclusão de segmentos-alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica é por meio da construção de microssistemas: lei temática que enfeixa dispositivos de natureza civil, penal, previdenciária, militar, educacional, entre outros em uma única legislação. Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

O projeto é dividido em 18 seções, a saber: A Seção I declara os objetivos (promover a inclusão, combater a discriminação e criminalizar a homofobia), aponta os sujeitos protegidos (heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais) e enuncia sujeitos passivos de deveres jurídicos (o Estado e a sociedade). A Seção II arrola “princípios fundamentais para a interpretação e aplicação” do referido Estatuto, trazendo uma lista de direitos. As seções III (direito à livre orientação sexual), IV (igualdade e não discriminação), V (convivência familiar), VI (direito e dever à filiação, à guarda e à adoção), VII (identidade de gênero), VIII (saúde), IX (direitos previdenciários), X (educação), XI (trabalho), XII (moradia), XIII (acesso à justiça e à segurança), XIV (meios de comunicação) e XV (consumo) cuidam, basicamente, de direitos nos determinados âmbitos que elas arrolam. Já a seção XVI cuida de Direito Penal, a partir de um tipo penal geral da homofobia e de três tipos específicos (indução à violência, discriminação no mercado de trabalho e nas relações de consumo). A seção XVII trata de políticas públicas, de forma geral, e a seção XVIII enuncia um princípio geral de aplicação da legislação mais benéfica em favor de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Nesse projeto de lei, é assegurado o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, Sucessório, Previdenciário e Trabalhista. Além de criminalizar a homofobia, são apontadas políticas públicas de inclusão, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais. São identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados, acrescentados ou suprimidos, como forma a harmonizar todo o sistema legal.

Os direitos previstos no Estatuto não excluem outros que tenham sido ou venham a ser adotados no âmbito federal, estadual ou municipal e nem os decorrentes das normas constitucionais e legais vigentes no país ou oriundos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

O Estatuto da Diversidade Sexual em seu projeto original e outras duas propostas de Emendas preveem a alteração do texto Constitucional. Assim, o art. 226, §1º expressamente consignaria a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual. No mesmo artigo 226, seria retirada a referência a “homem e mulher”, constante no § 3º visando eliminar a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Diante dessa avalanche de mudanças, espera-se um mínimo de dignidade na atividade legislativa, de conformação dos princípios e valores sociais já evidentes no cotidiano, aproximando-se das ideias cultivadas por Jeremy Waldron²²⁰, de pensar a legislatura como modo de governança dignificado e uma fonte respeitável de direito, observando o processo legislativo, na sua melhor forma:

Os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles.

Esse ideal, entretanto, no espaço público, apresenta diversas contingências, que, muitas vezes, afastam-se da realidade que se vê nas ruas para uma pseudoideologia partidária com fins eleitoreiros. Mas, os valores sociais instituídos no compromisso inicial se mantêm independentemente dos fatores reais de poder contemporâneos.

Como já fora referido, a Constituição não se limita a um “pedaço de papel” na concepção sociológica de Lassalle, e sim a uma necessidade contínua de reciprocidade entre aquela e os fatores reais, em que sua normatividade ordena e conforma a realidade política e social. Motivo pelo qual é mister a releitura do ordenamento com base na isonomia de gênero.

Nesse passo, imperioso citar Konrad Hesse²²¹, para quem a força normativa da Constituição converte-se em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes

²²⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

²²¹ HESSE, *op. cit.*, p. 19.

dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). [grifos no original]

Essa vontade da Constituição, materializa-se na junção entre as intenções do compromisso inicial e as contingências atuais, os novos valores e as novas finalidades sociais, que se encontram presentes no exercício das atividades estatais. Além disso, tais disposições também estão presentes no cotidiano da sociedade, afinadas com a pós-modernidade e sua visão filosófica da vida humana.

Assim, toda atividade do legislador, seja reformadora ou ordinária, em razão dos compromissos, valores e princípios assumidos no momento constituinte, que, em 1988, refletiu-se na pluralidade, democracia, republicanismo, dignidade humana e direitos sociais, pauta-se na manutenção permanente dessas promessas sociais, que no Estado social configura principal fundamento existencial, de força normativa e de legitimidade.

Diante desse panorama social e judicial, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil avocou a missão de elaborar um projeto legislativo denominado Estatuto da Diversidade Sexual, o qual prevê em seu texto a promoção de uma ampla revisão da legislação infraconstitucional (ECA, CC, CP, CPM, etc.) para assegurar os direitos, que já vem sendo reconhecidos pela jurisprudência e na esfera administrativa.

Em audiência pública, realizada dia 22 de março de 2011, foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual, integrada por profissionais que, pelas suas trajetórias de vida, gozam do respeito e do reconhecimento da comunidade científica.

O texto do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual contou com a colaboração das mais de cinquenta Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB, já instaladas, ou em vias de instalação. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, que encaminharam cerca de duas centenas de propostas e sugestões quanto aos mais diversos temas que visavam aperfeiçoar o sistema legal a fim de acolher direitos alijados dessa parcela significativa da sociedade.

Em 23 de agosto de 2011, o citado Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, que o encaminhou à apreciação do Conselho Federal, sob a relatoria do Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro. O Relator levou-o a julgamento no dia 19 de setembro daquele ano, apresentando minucioso parecer pugnando pela aprovação do microssistema. No referido voto, o relator concluía:

Apoiar a proposta de Emenda Constitucional e o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela ilustrada Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, significa contribuir em nosso País para uma histórica sublimação na disciplina jurídica aplicável às igualdades e à rejeição dos preconceitos e discriminações que infelicitam o espírito humano. Por estar convencido da oportunidade, da necessidade e da excelência do trabalho apresentado, com as mínimas ponderações de início aduzidas, voto no sentido da sua aprovação, a fim de que o mesmo, por iniciativa de nossa augusta Casa dos Advogados, possa seguir o curso da aprovação que considero justo e desejável mediante a tramitação devida junto ao Congresso Nacional.

Concedido prazo para emendas, foram apresentados quatro destaques, nenhum deles contrário à sua aprovação. Convém destacar que o Conselho Federal da OAB dispõe de legitimação ativa universal, dispensada, portanto, a comprovação da pertinência temática.

Entretanto, levando em consideração que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados não tem legitimidade para propor emendas constitucionais, em 23 de agosto de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual entregou à Senadora Marta Suplicy a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal.

Em 19 de setembro de 2011, o Conselho Federal da OAB, acolheu o voto do Relator, o Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro, ratificando e ampliando a proposição original e entendendo que seria a hipótese de proposta de emendar a Constituição.

O então projeto deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional. Uma que proíbe a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substitui a licença-maternidade e a licença-paternidade pela chamada licença-natalidade, a ser concedida indistintamente a qualquer dos pais, independentemente do sexo, tema já discutido nesse trabalho alhures. A terceira proposta, que explicita a possibilidade do casamento e o reconhecimento da união estável aos vínculos homoafetivos, que aguarda a colheita de assinaturas pelo Deputado Federal Jean Willys.

Não restam dúvidas que todas as três propostas de emenda constitucionais acima referidas ratificam o princípio da igualdade, na sua acepção formal e material, e tem por finalidade proteger os cidadãos, sob pena de se comprometer a própria estrutura do Estado privilegiando a promoção da dignidade humana.

Aguerrida na temática, a professora Maria Berenice Dias repisa a indispensabilidade de inserir as expressões “orientação sexual ou identidade de gênero” no art. 3º, inc. IV e no art. 5º, inc. XLI da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBTTT precisa ter sua identidade respeitada bem como a necessidade de criminalizar os delitos fruto da intolerância homofóbica. Assim, apesar de reconhecer e comemorar as vitórias galgadas,

especialmente na última década, a jurista gaúcha assevera que a alteração do texto constitucional representa o ápice da concretização da isonomia²²².

Entusiastas do Estatuto da Diversidade Sexual frisam que o objetivo do mesmo é promover a inclusão de todos, combater a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia. Também identificam a quem visa proteger: heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, para que lhes seja assegurado dignidade jurídica.

Outrossim, salienta-se que a referência à heterossexualidade, no entanto, não significa que o Estatuto abriga todas as condutas sexuais e as mais diversas expressões da sexualidade. Amplitude esta, que não se ajusta a uma lei que tem por justificativa a proteção da identidade homossexual e seus relacionamentos afetivos de maneira a promover convivência com a principiologia constitucional social.

Como toda a legislação que se destina a tutelar segmento determinado, exposto a alguma espécie de vulnerabilidade, exclusão ou discriminação, indispensável à identificação dos princípios que a rege, estando consagrados no estatuto: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito à diferença, a livre orientação sexual, o respeito à intimidade, a privacidade, a autodeterminação e o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero.

No âmbito das relações vivenciais, são trazidos como princípios, o direito à convivência comunitária e familiar, à liberdade de constituição de família e de vínculos parentais, direito à felicidade. Além disso, são invocadas as normas constantes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Expressamente é imposto respeito aos Princípios de Yogyakarta.

A neutralidade estatal foge dos objetivos da própria Constituição Federal, pois as práticas positivas de efetivação da isonomia estão associadas a procedimentos estratégicos de atuação estatal, tema esse sobejadamente debatido nesta dissertação. Nesse ensejo, indubitavelmente, a construção de normas positivas que assegurem direitos é uma necessidade urgente e a falta de vontade legislativa precisa ser rompida, sob pena de não o fazendo negar-se o estado Democrático de Direito em sua acepção material.

²²²DIAS. Maria Berenice. **O Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular**. <<http://direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>> Acesso em 29out. 2013.

8.4 PROTEÇÃO PENAL: A DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TIPO ESPECÍFICO

Genericamente, a homofobia significa a prática de atos relacionados a repulsa contra homossexuais, aos travestis, e, ainda, aos transexuais, que compreende desde as conhecidas “piadas” para ridicularizar até atos de violência, podendo até culminar com o assassinato de pessoas motivado por padrão heterossexista.

Assim como as outras formas de preconceito, a homofobia consiste em uma atitude de colocar a outra pessoa, no caso, o homossexual, na condição de inferioridade²²³, de anormalidade, baseada no domínio da lógica heteronormativa, ou seja, da heterossexualidade como padrão, da norma. A homofobia é a expressão do que pode ser chamado de hierarquização das sexualidades.

As religiões são apontadas como as principais origens históricas da homofobia. Elas, em um determinado momento da história, estavam atreladas ao governo e à sociedade, sendo absolutamente proibido as relações homoafetivas, seja como pecado, aberração, perversão sexual ou até mesmo como crime, o que já foi visto na parte histórica deste trabalho.

Averba-se que a homofobia se expressa de muitas formas: dificultando a formação educacional (*bullying*) e profissional de homossexuais (violência psicológica), motivando demissões e/ou prática de assédio moral²²⁴, ou, até mesmo, impedindo homossexuais de conseguirem uma vaga no mercado de trabalho formal; impedindo a expressão da afetividade de casais em vias públicas; obstaculizando o livre direito de manifestação, etc. Em muitos casos, chega ao cúmulo da violência física e ao assassinato.

É inquestionável a necessidade de punição em relação a esses atos de violência praticados em função do preconceito por orientação sexual, sejam esses manifestados em agressão física, psicológica, ofensas, cerceamento de direitos, entre outros.

A homofobia, entretanto, é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, quer por intermédio de artigos contidos na Constituição Federal de 1988, que protegem as minorias sexuais deste país; quer no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual defende os infantes dessa espécie de discriminação; ou ainda por meio de diversas leis estaduais e municipais.

²²³ STJ - 6ª Turma – REsp. 154.557-DF - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - DJ 26.10.1998 (afirmando que a exclusão de testemunha em função da sua homossexualidade viola o princípio da igualdade, pois tal fato não descredencia a participação de um indivíduo nos atos da vida pública).

²²⁴ TRT 2ª Região - Recurso Ordinário 2005.069.4159 - Rel. Des. Valdir Florindo – j. 14.10.2005 (Mantendo decisão de primeira instância que condenou o Apelante a apagar danos morais a um empregado dispensado em função da homossexualidade, baseado no fato de que a Constituição Brasileira prevê o tratamento igualitário entre todos os indivíduos).

Na legislação especial penal (crime de tortura, atropelamento) ou até no arcaico Código Penal do Brasil, são encontrados tipos que vedam as práticas da lesão corporal, o homicídio, as ofensas morais (injúria, calúnia, difamação), abuso de autoridade, omissão de socorro, entre outros. As punições contra este tipo assédio também são encontradas na seara trabalhista e na Lei de Diretrizes Educacionais. Contudo, tais previsões não são específicas para as infrações decorrentes da violência de gênero, razão pela qual a criação de um tipo específico para a homofobia é o mote de diversos grupos em protestos e manifestações, bem como tema de projetos de lei.

Diversos Estados da Federação concatenados com a intenção de reprimir o preconceito por orientação sexual, expressamente, já tem legislação específica punindo a homofobia na seara administrativa, dentre eles, temos: Lei Estadual nº 3406, de 15 de Maio de 2000 – Rio de Janeiro; Lei Estadual nº11872, de 19 de Dezembro de 2002 – Rio Grande do Sul²²⁵; Lei Estadual nº2615/2000 – Distrito Federal; Lei Estadual nº14170/02 – Minas Gerais; Lei Estadual nº10948/01 – São Paulo; Lei Estadual nº12574/03 – Santa Catarina; Lei Estadual 3.157/05 – Mato Grosso do Sul; Lei Estadual nº5431/04 – Piauí; Constituição do Estado do Pará; Lei Estadual nº7309/2003, de 10 de janeiro de 2003 – Paraíba; Emenda Constitucional nº 23/2001 – Alagoas; Lei Estadual nº8444/2006 – Maranhão.

Na mesma linha coerente, diversos municípios também encadeados da mesma repreensão administrativa, legislaram coibindo a prática da homofobia, são eles: Lei Municipal nº5275/97, de 09 de Setembro de 1997 – Salvador/BA; Lei Municipal nº152/97, de 19 de Maio de 1998 – Natal/RN; Lei Municipal nº9809 de 21 de Julho de 1998 – Campinas/SP; Lei Municipal nº 9791, de 12 de Maio de 2000 – Juiz de Fora/MG; Lei Municipal nº8176, de 29 de Janeiro de 2001 – Belo Horizonte/MG; Regulamentação do art. 9º da Lei Orgânica do Município de Teresina-PI; Lei Municipal nº8211/89 – Fortaleza/CE; Lei Municipal 8812/02 –

²²⁵ Dentro da enunciação identitária, merece destaque a Lei 11.872 do Estado do Rio Grande do Sul, que se preocupa também com os critérios geracionais e sexualidade, cuja intersecção, como se sabe, é ocasião de discriminação e violência, como se dá, por exemplo, quanto a direitos sexuais de adolescentes e de idosos, cujo texto reza:

Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, por sua administração direta e indireta, reconhece o respeito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros.

§ 1º - Estão abrangidos nos efeitos protetivos desta Lei todas as pessoas, naturais e jurídicas, que sofrerem qualquer medida discriminatória em virtude de sua ligação, pública ou privada, com integrantes de grupos discriminados, suas organizações ou órgãos encarregados do desenvolvimento das políticas promotoras dos direitos humanos.

§ 2º - Equiparam-se aos órgãos e organizações acima referidos a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, e sem personalidade jurídica, que colabore, de qualquer forma, na promoção dos direitos humanos.

Londrina/PR; Projeto de Lei nº185/02 – Porto Alegre/RS; Projeto de Lei nº440/01 – São Paulo/SP; Lei Municipal nº4.667/97 – Maceió/AL; Lei Municipal nº1549/07 – Novo Hamburgo/RS; Lei Municipal nº3277 de 11 de setembro de 2001 – Alfenas/MG; Lei Municipal nº 5.304, de 17 de junho de 2007 – Colatina/ ES; Lei Orgânica do Município de Olinda/PE (1990); Lei Municipal nº4172/2007, de 12 de dezembro de 2007 – São João Del Rei/MG; Lei Municipal nº7153, de 04 de outubro de 2007 – Blumenau/SC.

Todavia, em matéria de criação de um delito específico, o Estatuto da Diversidade Sexual recebeu críticas doutrinárias²²⁶, que consistem, exatamente, na criação de uma infração penal para a homofobia, pois se trataria de um tipo penal aberto e impreciso, o que colide com as garantias penais e com próprio Direito Penal Constitucional.

Além disso, os regimes democráticos consagram, na formulação do Direito Penal, a técnica do direito penal do fato, em oposição aos regimes ditatoriais e autoritários, que tendem a criminalizar determinados sujeitos (direito penal do autor). A redação proposta aproxima-se perigosamente do direito penal do autor, na medida em que não enuncia quais as condutas que configuram crime de homofobia, fazendo uma remessa indiscriminada a outros artigos do próprio projeto de lei, sem dizer quais, nem graduar a gravidade de tal ou qual conduta objeto de criminalização, em desatenção flagrante à proporcionalidade. Nessa linha, é de se notar que a pena para o tipo penal geral de homofobia é maior que as penas previstas para os tipos penais específicos dos artigos seguintes (artigos 101 a 103 do Estatuto da Diversidade Sexual).

A opção pelo tratamento da homofobia de modo apartado à lei geral antidiscriminatória (que trata dos crimes decorrentes do preconceito por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) não é mera opção legislativa, mas aponta para uma desvalorização da proteção jurídica quando o assunto é homofobia. Neste contexto, Roger Raupp afirma que tal limitação da proteção penal somente para as esferas do mercado de trabalho, das relações de consumo e para hipótese de incitação de violência é inadequada e deixa faltando, do ponto de vista penal, toda a proteção contra discriminação que a Constituição exige em muitas outras esferas essenciais da vida. Já a inclusão de circunstância agravante genérica ou qualificadora para alguns tipos, tais como homicídio, lesão corporal ou crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação) em razão da orientação sexual é plausível e se firma como uma percepção coerente.

²²⁶ Nesse sentido: RIOS, *op. cit.*

Contudo, a imposição de pena mais dura para alguns tipos ou a criação de novos crimes não representa solução para o problema. A experiência já demonstrou, há muito, que o endurecimento penal não afasta a incidência da repetição dos infortuitos casos de discriminação e violência. Veja-se, por exemplo, que a intimidação pela criação do tipo ou aumento da pena para crimes já existentes não resolveu o problema da violência doméstica, como se pode observar após quase uma década da Lei Maria da Penha.

Já a alteração do Código Penal Militar para retirar do texto legal o crime de pederastia é bem-vinda e fulmina resquício preconceituoso do regime castrense. Norma cuja validade, apesar de questionável, ainda tem sido aplicada pelas Forças Militares brasileiras, sob a falaciosa alegação de que as práticas homossexuais, ainda que fora das instalações militares dizem respeito ao decoro profissional. E, de maneira atentatória às garantias individuais, punem os acusados de comportamento homossexual²²⁷.

Com efeito, é imprescindível a elaboração de estudos para modificação e remodelagem do processo de coleta e tratamento de dados estatísticos policiais e judiciais possibilitando o acompanhamento da marcha criminal e colaboração na prevenção das práticas discriminatórias e crimes de ódio em razão da orientação sexual, independente da existência de lei que defina o crime de homofobia.

Nesse passo, a transição para a pós-modernidade demanda mudança de paradigmas: a necessidade de traçar um novo eixo harmônico com a aproximação de valores constitucionais e novas ideias, isto é, novas normas filosóficas para a vida humana.

²²⁷ STM. Proc. nº 1984.01.000106-0. Rel. Min. Sérgio de Ari Pires – j.13.09.1984 (Mantendo decisão de Tribunal inferior que excluiu militar após a confissão de sua homossexualidade, porque sua conduta efeminada comprometeria a moral da instituição); STM - Proc. nº 1985.01.000112-4 - Rel. Min. Júlio de Sá Bierrenbach – j.17.04.1986 (Mantendo decisão de Instância inferior que excluiu oficial surpreendido mantendo relações homossexuais com outro homem no seu apartamento).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A homossexualidade, que já foi vista como pecado e doença, passando, depois, a ser considerado pela Psicologia como um distúrbio de comportamento, atualmente, não é mais vista como uma opção, mas, sim, como uma orientação sexual normal, uma condição natural comum nos seres da natureza. Trata-se de um traço da livre determinação sexual do indivíduo, que não pode ensejar qualquer reprovabilidade social ou jurídica, pois é algo que faz parte da própria personalidade do indivíduo, algo que o integra.

Atinente a essa condição pessoal e levando em consideração a concretização responsável dos direitos fundamentais, o indivíduo gay, transexual ou transgênero não pode viver à margem da sociedade, como outrora acontecia. Assim, a gama de direitos individuais e sociais postos à disposição pelo texto constitucional devem ser efetivados, especialmente nas opções democraticamente definidas para as políticas públicas constitucionalizadas, na mitigação da reserva do possível como fator de progressividade e realização, bem como no esgotamento dos aspectos fáticos em ponderação social ou preventiva, sopesando-se previamente os bens e princípios jurídicos em jogo, tais como dignidade social humana, livre determinação sexual, intimidade, democracia, pluralismo, busca da felicidade e isonomia.

Ninguém duvida de que todos são iguais perante a lei ocorre que, muitas vezes, faz-se necessário a explicitação dessa isonomia em outros tópicos infraconstitucionais visando a não discriminação e ratificação da igualdade no plano material.

Com efeito, às vezes, é necessário recorrer inclusive à valiosa hermenêutica construtiva, através da invocação de princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), os quais têm revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem como o reconhecimento do direito personalíssimo à livre orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade do indivíduo de autodeterminar-se.

A Constituição Federal Brasileira é cuidadosamente carregada de artigos que repetem a proibição de discriminação em razão de sexo origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma preconceito. Assim, ao longo do texto magno, em diversas passagens, é possível deparar-se com artigos e incisos que tornam indenes de dúvidas a vontade do legislador de fazer referência ao que se encontra inclusive no seu preâmbulo, vale dizer, a vontade de garantir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ocorre que isso não impede que haja situações fáticas incompatíveis com tais princípios democráticos de um estado

igualitário, deixando número significativo de cidadãos fora do âmbito da tutela legal, em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Então, socorrer-se da tutela jurídica é a solução mais adequada para combater essa situação, seja por uma omissão odiosa, seja por uma falta de abrigo legislativo específico para aquele ponto.

Esse pensamento constitucional da efetividade social implica na mudança de paradigmas e de opções diante do quadro fático que se encontra nas mãos do Poder Judiciário, que inexoravelmente, colaborou para sedimentação de direitos e inovação em temas nunca antes enfrentados por barreiras muito mais convencionais do que jurídicas.

A Constituição Federal, embora não tenha previsto o relacionamento entre homossexuais de maneira expressa, possui os princípios da dignidade humana e da igualdade, que vedam a discriminação por orientação sexual, os quais devem prevalecer quando a situação se mostrar contrária à norma constitucional. Assim, é possível a aplicação desses princípios para que o Poder Judiciário possa prestar a tutela jurisdicional no caso concreto e efetivar a justiça social.

Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. A intolerância e o preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano na contemporaneidade.

A dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

A falta de fôlego do direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fonte de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução de questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa que cada um pode manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. Todos são filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural porque passa a família, que, hoje, apresenta um molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um dos componentes do eixo familiar, em especial, da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos a realizar os atributos de sua personalidade e ratificar a sua dignidade como pessoa humana.

O direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. O exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, a dignificação da pessoa, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado, tampouco violentado em sua integridade psicofísica.

Nesse novo ambiente, a força normativa da Constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade.

Há um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. Desse modo, a noção de sistema traduz-se em um importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. Nesse sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado, compondo a sua estrutura básica.

No caso brasileiro, nem é preciso esforço heroico para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. Lá vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Nesse sentido, o fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais. Podendo ser entendida como cláusula “aberta”, no sentido de respaldar direitos não expressos na Carta Magna, mas que estejam nela implícitos, de acordo com o disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Ademais, há vetores que apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição – como o § 3º do art. 226 – , deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade. Da leitura do enunciado normativo referido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais. Essa ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição.

O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual do referido preceito decorreria, *a contrario sensu*, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é contraditório e retrógrado interpretar esse dispositivo constitucional, que se destina à 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais, como assegura Maria Berenice Dias²²⁸.

A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, dispõe que o juiz, em caso de omissão da lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. Dessa forma, não há como negar que a união homossexual é um instituto semelhante ao casamento e à união estável; portanto, deverão ser aplicadas a ela as regras pertinentes a estes.

Acrescente-se, ainda, que no direito privado deve ser aplicada ao caso a regra segundo a qual é permitido tudo o que não é expressamente proibido. Assim, a extensão da proteção legal às relações de pessoas do mesmo sexo é a expressão jurídica do reconhecimento de que a afetividade é o elemento central das uniões. O afeto é a mais pura exteriorização do ser humano e não pode ser desconsiderado nem pelo legislador, muito menos pelo julgador. Não subsistindo, portanto, a marginalização das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Nesse passo, é hora de promover a eliminação de barreiras à felicidade e abrir espaço a uma nova feição das famílias.

Talvez seja o momento para se meditar sobre o convencionalismo, experimentar a capacidade de aceitação do desigual, possibilitando, quem sabe, em um futuro próximo, a modificação da legislação vigente. Todavia, antes que isso ocorra não pode o Poder Judiciário se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas. Por tudo isso, impossível não reconhecer a importância atemporal do STF no julgamento da ADI nº 4277/09 e ADPF nº 132/08, que colocou uma pá de cal no assunto ao incluir as uniões homoafetivas como entidades familiares, assegurando-lhes os mesmos direitos e garantias que uniões estáveis heterossexuais.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf>. Acesso em: 19 out. 2012.

Mormente, a solução dos conflitos não tem regra matemática. Ao analisar as lides dessa natureza, o juiz deve, atento as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na igualdade, na afetividade e na busca da felicidade. Uma das grandes evoluções do pensamento contemporâneo é perceber que família longe de ser um fato da natureza atomista e isolado é um fato cultural e como tal sofre variações de acordo com o tempo e o espaço. Portanto, a sociedade e a cultura constroem diferentes arranjos familiares e caberá ao ordenamento jurídico apreciá-los e fazer as adequações normativas adequadas para regular e proteger direitos e deveres deles decorrentes.

É imperioso sublinhar que a jurisprudência superior protegeu efetivamente as uniões homoafetivas reconhecendo-lhes o *status* de entidade familiar e como tal recaem efeitos de ordem pessoal e patrimonial. E, mesmo sendo de efeito vinculante a decisão do STF, os embates jurisdicionais e políticos não se arrefeceram. Independentemente da postura pessoal de cada um, uma coisa é indiscutível: a orientação sexual jamais pode implicar em perda de garantias fundamentais e da imprescindível dignidade humana. Daí ser nítida a conclusão de que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito das Famílias é uma realidade incontroversa e a aplicação dos seus correlatos efeitos é um imperativo constitucional que não admite apego absurdos a moralismos, sob pena de amesquinamento dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARBOSA, Águida Arruda. Espacialidade privada. *In: Boletim IBDFam*, Belo Horizonte, a. 11, n. 70, 07.out.2011.
- BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *In: Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 100, 1.371, jan./fev. 2004.
- _____. A ideologia do afeto. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese – IBDFam, v.14, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. *In: Família e Dignidade Humana*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFam. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revovar, 2001.
- BIAGIONI, Juliana Salate. A união homoafetiva e seus aspectos jurídicos. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 44, p. 627-638, set./dez. 2005. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf>. Acesso em: 15. set. 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Críticas ao projeto de lei n.º 1.151/95 que institui a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.
- BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.
- CÂMARA, Cristina. **Cidadania e orientação sexual: a trajetória do Grupo Triângulo Rosa**. Rio de Janeiro: Academia Avençada, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico nas relações de família. *In: FACHIN, Edson Luiz (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico nas relações de família. *In FACHIN, Edson Luiz (Coord.). Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAVES, Cristiano; ROSENWALD, Nelson, BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. *In: Código das Famílias Comentado*. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Coord. Comentários ao art. 1579. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a 7, n. 80. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4302>>. Acesso em: 20 out. 2012.

CORRÊA, Mariza. **Morte em Família**: representações jurídicas de papéis sexuais. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

CORREIA, Jadson Dias. **Adoção sem Preconceito**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1459&isPopUp=true>. Acesso em: 26 ago.2012.

_____. **O Estatuto da Diversidade Sexual**. <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexo/artigo/82_e1a2314b7ea3e88429eb91707d076d6b.pdf>. Acesso em: 29 out.2013.

_____. **Uniões homoafetivas**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=62&isPopUp=true>. Acesso em: 19 out.2012.

_____. Art. 1641: Inconstitucionais limitações ao direito de amar. *In: Questões Controvertidas no Novo Código Civil*, DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). São Paulo: Método, v. 2, 2004.

_____. **O Estatuto da Diversidade Sexual** – uma lei por iniciativa popular. <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexo/artigo/81_a0edbb097e2415c577de4ca92161ef66.pdf> Acesso em: 29 out.2013.

_____. União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 1, n. 10, abr.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso em: 19 set.2013.

_____. **União Homossexual**: Aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=315&isPopUp=true>. Acesso em: 19 out. 2012.

_____. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem Preconceito**. p. 10. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1459&isPopUp=true>. Acesso em: 26 ago. 2012

_____. Manual do Direito das Famílias. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

_____. **Um Estatuto para a Diversidade Sexual.** Disponível em: <
http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/84__4ec20ed3343eb233bcc024c20c2614be.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **União Homossexual:** o Preconceito & a Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24-25.

_____. **Unões Homoafetivas:** uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: <
http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf>. Acesso em: 19 out. 2012.

_____. **O Estatuto da Diversidade Sexual:** uma lei por iniciativa popular. <
<http://direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>> Acesso em: 29 out. 2013, p. 6.

_____. **Um Estatuto para a Diversidade Sexual.** Disponível em:
 <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/84__4ec20ed3343eb233bcc024c20c2614be.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013, p. 7.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas?** Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FASCHINETTO, Neidemar José. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária, Contextualizando com as Políticas Públicas (In)existentes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais.** Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: **Revista dos Tribunais.** v. 5. out./dez. 1993, p. 20-21.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais.** 1.ed. (a. 2001), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

FOUCALT, Michel. **História da Sexualidade 1:** a vontade de saber. Trad. Maria Thereza de Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

_____. **História da Sexualidade 3:** o cuidado de si, Trad. Maria Thereza de Albuquerque. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FREIRE, Jurandir da Costa. **Sexo e Amor em Santo Agostinho** *In: Sexualidade nas Ciências Humanas*, (Org.) Maria Andréa Loyola, Rio de Janeiro: EdUERJ, 1988.

FREUD, Sigmund. **Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade.** (2002 [1905]) *In: Edição Standard Brasileira das Obras Completas*, v. VII; Rio de Janeiro: Imago Editora, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família, São Paulo: RT, 2. ed., 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698-08: família, criança, adolescente e idoso Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. **AJURIS**, n. 88, t. I, dez; 2002.

GOBBO, Edenilza. A adoção por casais homossexuais. **Consulex**. São Paulo, n. 47, nov. 2000 p. 8. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1258476700>>. Acesso em: 29 ago. 2013,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed., São Paulo, Saraiva, v. 6., 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: **Família e dignidade humana**. (Coord.) PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Belo Horizonte: IBDFAM, Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

HESSE, Konrad IBFam . **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabrício, 1991.

LACERDA NETO, Arthur Virmon de. **História da Homossexualidade**. Parte 1 e 2. Disponível em <<http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp>>. Acesso em: 10 out. 2013.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 3. ed., Rio de Janeiro: **Liber Juris**, 1998.

LUBISCO, Nídia ML; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico**: Trabalho de conclusão de curso, dissertações e teses. 5. ed. Salvador: Edufba, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS, Rodrigo Monteiro. Legalização da união estável entre homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=557>>. Acesso em: 27 ago.2013.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. Concretização hermenêutica da constituição: na busca de uma tópica viável. *In*: DOBROWOLSKI, Silvio. (Org.) **A Constituição num mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 82.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 24. ed., 2009.

MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: JURUÁ, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEDROSA, João Batista. **Homossexualidade é uma doença e existe cura para os homossexuais?** Disponível em: <<http://www.acapa.com.br/site/noticia.asp?codigo=7208>>. Acesso em: 27 jul.2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As representações sociais das famílias e suas consequências pessoais e patrimoniais: uniões estáveis e uniões homoafetivas. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXXI, n. 112, jul.2011.

_____. União de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 31. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Gionani. **História da Filosofia Antiga: Platão e Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Direitos Sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano**. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf.rogerraup.pdf>>. Acesso em: 12 jan.2013.

_____. **Para um direito democrático da sexualidade**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD377F163B-B210-4CD39AD3E25B%7D_015.pdf>. Acesso em: 01 nov.2012.

RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes da aplicação da adoção no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 291-314.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. **Jus Podivm**. Salvador, jan. 2005, Artigos, p. 2. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD377F163-50E3-4E6B-B210-4CD39AD3E25B%7D_015.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. (Coord.) **União Estável entre Homossexuais: comentários à decisão do STF face à ADI 4277/09 e à ADPF 132/08**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Atlas. 19. ed., 2011.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma História**. Rio de Janeiro: Record, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Forense. 2004.

SUANNES, Adauto. **Homossexualismo e concubinato**. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JULHO/2307/ARTIGOS/A03.htm>>. Acesso em: 10 ago.2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As representações sociais das famílias e suas conseqüências pessoais e patrimoniais: uniões estáveis e uniões homoafetivas. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 31, n. 112, jul. 2011.

VARGAS, Fábio de Oliveira. Comentando o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 132 e ADPF 4277 *In.*: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. (Coord.). **União estável entre homossexuais: comentários à decisão do STF face à ADI 4.277/2009 e à ADPF 132/2008**. Curitiba: Juruá, 2012, p.111.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito à adequação do nome e sexo de "Roberta Close"**. São Paulo: Centro de Estudos em Bioética e Direito. Disponível em: <www.cebd.com.br/si/site/bdados?cod_igo=7&ver=9> Acesso: 12 nov. 2013.

_____. **Nome e Sexo: Mudanças no Registro Civil**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2012

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins, 2003.