

KARINA ALVES GONZALEZ SIMONETTI

**IGUALDADE E DIREITO NAS RELAÇÕES
HOMOAFETIVAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Afirmação Histórica, Problematização e Atualidades dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob orientação do Professor Doutor Eduardo Carlos Bianca Bittar.

**OSASCO-SP
2006**

Catálogo-na-publicação
Biblioteca do Centro Universitário FIEO

SIMONETTI, Karina Alves Gonzalez

Igualdade e direito nas relações homoafetivas / Karina Alves Gonzalez Simonetti; orientação Prof. Dr. Eduardo Bittar, 2006.

125 f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

1. Relações Homoafetivas. 2. Direitos dos Homossexuais. 3. Igualdade

Folha de Aprovação

KARINA ALVES GONZALEZ SIMONETTI

IGUALDADE E DIREITO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Osasco, ____/____/ 2006

Banca Examinadora

Dedicatória

*Ao Ricardo, grande amor da minha vida, pelas horas suprimidas em prol de meus estudos,
Aos meus pais, pelo incentivo e pelo exemplo de caráter e luta,
Aos meus irmãos, por me amarem como sou,
À minha avó, por seu carinho e dedicação,
Ao meu avô, saudades, pela retidão e honestidade intocáveis,
Ao meu amigo Salvatore, por compartilhar sua paixão pelo mundo jurídico,
Ao Professor Eduardo Bittar, por dedicar sua juventude ao saber com tanta fraternidade.*

*“A injustiça que se faz a um, é uma
ameaça que se faz a todos”.*
(Montesquieu)

RESUMO

Este estudo discute e traz à reflexão a necessidade de se estender aos homossexuais os direitos concedidos aos heterossexuais. Levando em consideração o preceito constitucional da igualdade e a importância de que todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, possam usufruir deste direito. A legislação nacional ainda é bastante tímida neste sentido, decorrendo daí a falta de amparo aos casos concretos. No entanto, a jurisprudência não se furta às decisões, através do amparo constitucional tem trazido à tona importantes decisões, desconsiderando o aspecto sexual dos requerentes, mas sim o aspecto humano e do direito fundamental que norteiam estas lides.

Palavras-Chave: Direito dos Homossexuais. Relações Homoafetivas. Igualdade.

ABSTRACT

The presented study discusses and brings to reflection the need of extending to homosexuals the rights granted to heterosexuals. It is intended to take in consideration the constitutional precept of the equality, and the importance of every person, regardless of sexual orientation, to be able to usufruct this right. The national legislation still is limited in this direction, elapsing the lack of support to the concrete cases. However, the jurisprudence does not omit the decisions, and through the constitutional support, it has risen to the surface important decisions, disregarding the sexual aspect of the petitioners, regarding only the human aspect and the fundamental right that orientates it.

Key words: Homosexuals' rights. Homoaffectionate relationships. Equal rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 IGUALDADE, DIGNIDADE E ORIENTAÇÃO SEXUAL	12
1.1 O conceito de igualdade.....	12
1.2 A afirmação histórica do princípio da igualdade	18
1.3 A consagração da dignidade da pessoa humana como base da cultura dos direitos humanos	36
1.4 Os princípios da igualdade e da dignidade	44
2 DISCRIMINAÇÃO, LESÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ORIENTAÇÃO SEXUAL	50
2.1 Preconceito e discriminação	50
2.2 A discriminação por orientação sexual	58
3 IGUALDADE E DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS	70
3.1 Os direitos dos homossexuais	70
3.2 Criação e aplicação da legislação brasileira em matéria homoafetiva.....	101
4 CONCLUSÕES	114
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre Direitos e Garantias Fundamentais no país e no mundo. Direitos fundamentais são tratados com diversas nomenclaturas, tais como: “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos fundamentais do homem”; expressões utilizadas para designar uma mesma categoria jurídica¹. Para alguns, a melhor designação é aquela preferida pela tradição germânica, qual seja, a de “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou simplesmente “direitos fundamentais”².

A qualificação “fundamentais” confere o entendimento de tratar-se de “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”³. Já o qualificativo “da pessoa humana” implica que tais situações “a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”⁴.

Observando estes dois parágrafos introdutórios, verifica-se que a teoria sabe como definir o que são direitos fundamentais, confere várias nomenclaturas, e pretende que todos sejam os destinatários destes direitos - vital para a dignidade humana.

Contudo, apesar da teoria ter-nos legado esta benece, a realidade não tem conseguido absorvê-la e aplicá-la. Os direitos universais só existem nos mitos jurídicos e nos textos legislativos idealistas⁵. As minorias continuam a

¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 175.

²BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 514.

³*Id. Ibid.*

⁴*Id. Ibid.*

⁵BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. XI.

viver sem que seus direitos sejam efetivamente respeitados, lutando arduamente para que sejam reconhecidos pela sociedade como “iguais”.

Não obstante esta realidade, a evolução humana tem nos mostrado que a perseverança e o engajamento das minorias faz ressoar a voz da igualdade, fazendo com que sejam vistos e que aos poucos conquistem seu lugar ao sol.

Este trabalho tem por objetivo tratar dos direitos de uma minoria específica, qual seja, os homossexuais, que em muitas circunstâncias são tratados de forma discriminatória, sendo que muitos são julgados discriminatoriamente por sua orientação sexual. No Brasil, em recente pesquisa realizada, oitenta e nove por cento (89%) da população desaprova práticas homoafetivas ou sexuais.

O ordenamento jurídico brasileiro praticamente não traz nenhum amparo aos homossexuais. Não há assistência legal específica para o assunto em questão, diferentemente do que acontece em outras searas, tais como os índios, as mulheres, a criança, o adolescente, o idoso, o negro, o portador de deficiência. Nestes casos há legislação específica, há suporte constitucional direcionado para quase todos os assuntos. Quanto aos homossexuais, o ordenamento jurídico quase não se refere aos seus anseios, aspirações, e principalmente às suas reais necessidades que só poderão ser respeitadas com o advento de uma lei que preencha esta lacuna.

Os indivíduos do mesmo sexo que se unem para compartilhar uma vida parecem ainda não ter conquistado no Brasil o respeito que demais pessoas, heterossexuais, possuem. Ainda não se tem no país uma legislação que regule a união entre pessoas do mesmo sexo, ignorando-se assim a realidade de que estas pessoas constituem família, dividem seus momentos, constróem patrimônio da mesma forma que os heterossexuais. No entanto, quando se deparam com desentendimentos, e precisam solucioná-los, não sabem como fazê-lo, ou se poderão fazê-lo, visto que a lei não estabelece parâmetros ou critérios.

A sociedade é dinâmica, e é necessário observar as mudanças trazidas a cada tempo. Os homossexuais clamam pelo reconhecimento de seus direitos, pois não são excluídos de suas obrigações; pagam tributos, respondem por seus crimes, são eleitores. Nenhum ser humano é completo quando só lhe atribuem encargos, sem a contrapartida dos direitos. É preciso que se reconheçam formalmente estas relações jurídicas, e que não se dependa exclusivamente da jurisprudência para a solução dos conflitos.

A Constituição Federal, traz em seu artigo 5º, *caput*: **“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”**⁶. (grifos nossos)

Verifica-se através do texto constitucional a importante previsão de que não há qualquer motivo que sustente distinção entre as pessoas, nem mesmo orientação sexual. Quando argumenta-se isonomicamente não há qualquer ressalva, justificando-se, portanto, as exigências de tratativa igualitária.

Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna proclamou a igualdade entre as pessoas. Entretanto, de nada adianta assegurar formalmente o respeito aos princípios constitucionais como a dignidade, a liberdade, a isonomia e o combate à discriminação se ainda for tolerada a exclusão social, a qual enseja tratamento desigual, intolerância às relações homossexuais, (intolerância esta vista como crime, castigo ou pecado por alguns).⁷ O Estado Democrático de Direito faz exigir o acatamento ao disposto como regra constitucional, não se justificando usos e costumes discriminatórios como forma de burlar a lei e atingir pessoas que não se enquadram nos moldes estabelecidos como aceitáveis pela maioria.

⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 19.

Se nossa Carta Magna, através do *caput* do artigo 5º, reserva a igualdade entre todos, por que não exigí-la? A Constituição Federal é a grande aliada sob o aspecto jurídico. A sensibilidade, solidariedade para com o próximo, a educação e a informação são os aliados sob o aspecto humano. E este será o norte deste estudo.

Além deste aspecto supramencionado, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, não admite qualquer forma de discriminação, seja ela de qualquer natureza, incluindo-se, evidentemente, os motivos de orientação sexual. Cumpre ressaltar que se trata de um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.⁸ Ressalta-se que a Carta Magna silencia quanto a não-discriminação em razão de orientação sexual⁹.

Vale ainda lembrar que constitui também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁰. São princípios e fundamentos que podem ser alcançados. Entretanto é preciso que realmente haja respeito pelas pessoas, independente de seus indicativos personalíssimos. Precisa-se de um só direito para todos. Assim conquistaremos esta sociedade ideal, atualmente tão longe de nossa realidade, mas tão presente em nossas aspirações.

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *cit.*

⁹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006. p. 53.

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *cit.*

1 IGUALDADE, DIGNIDADE E ORIENTAÇÃO SEXUAL

1.1 O conceito de igualdade

Segundo o que se pode notar, o princípio constitucional da isonomia tem na palavra "igualdade" a sua maior expressão, trazendo consigo algumas considerações implícitas. Não se refere apenas a tratar as pessoas ou não de forma igualitária, mas se prevista, esta igualdade produz reflexos na realidade.

O princípio¹¹ da igualdade na atual disciplina constitucional não pode mais ser visto sob uma ótica meramente formal. Hoje praticamente em todas as constituições do mundo, com maior ou menor força, há menção sobre o princípio da igualdade. A Constituição Federal de 1988 prescreve no artigo 5º, caput: "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, a segurança e a propriedade, (...)".

Para Roger Raupp Rios, “a diferenciação fundada em preconceitos são inconstitucionais. Violam o princípio da igualdade em sua dimensão material. Penso que isso está positivado claramente na nossa Constituição. Divergindo um pouco, quando diz que ‘todos são iguais perante a lei’, está

¹¹Segundo consta em um dos dicionários jurídicos mais conhecidos "princípio derivado do latim *principium* (origem, começo) em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas". (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 1989. v. 8).

dizendo igualdade formal. Depois, ao longo do caput, quando afirma que, ‘garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade’, refere-se à igualdade na sua dimensão formal explicitada”.¹²

Verifica-se que a Carta Magna pretende, com a menção de igualdade em seu texto, transpor a barreira da mera igualdade formal, para se transformar em princípio informador e condicionador de toda a constituição e, evidentemente, também de todo ordenamento jurídico. Percorreu, para tanto, evidentemente, um longo caminho histórico, do qual trataremos oportunamente. Mesmo na sua vertente revolucionária burguesa, inspirada nos pensamentos iluministas, o que se postulava não era senão a igualdade jurídico-formal ou, ainda, a igualdade ou sentido negativo.

A questão da igualdade não é nova ao discurso jurídico e vem desenvolvida pelo pensamento filosófico-ocidental desde larga data. A exemplo do que faz Aristóteles, na Ética a Nicômaco: “Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas de queixas (como quando iguais têm recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais)”¹³. Ao que se observa, Aristóteles trouxe a idéia que devemos tratar os desiguais de forma diferenciada para que se possa, enfim, alcançar a almejada isonomia. Portanto, segundo este conceito tão longínquo, e ao mesmo tempo tão atual, o tratamento desigual precisa se pautar em circunstâncias diferenciadas, não abarcando em seu ideário a discriminação, que é o oposto de tudo isso. Discriminar faz com que se trate alguém de forma diferente sem motivação, sem fundamento.

Tão brilhantemente quanto o filósofo Aristóteles, o jurista Rui Barbosa na Oração aos Moços, quando paraninfo da Faculdade de Direito de

¹²RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e orientação sexual. (Série Cadernos do CEJ, n. 24). Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

¹³ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 109.

São Paulo, em 1920¹⁴: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

A Constituição de 1988 buscou a conjugação do Estado de Direito com o Estado Social, nada obstante, em sua concretização, a classe que detém o poder político reforce as garantias jurídico-formais e solape a dimensão social da Carta Constitucional. Nessa equação, o Estado de Direito garante, ou deveria garantir, que por meio de mecanismos formais, o *status* do cidadão, impedir-se-ia que o Estado ingressasse arbitrariamente em suas esferas de direitos. Mas ao lado dele a Constituição postula uma ação do Estado, positiva e eficaz, que cumpra a dimensão social da concepção de Estado nela consagrado¹⁵.

Nesse sentido, o princípio da igualdade material exige e ordena aos poderes do Estado, incluindo o Judiciário, ações positivas que dêem conta dos objetivos da República, conforme prescreve o artigo 3º, IV da Constituição Federal de 1988, pois tem como fundamental a promoção do bem de todos, “sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁶. Afasta-se, portanto, segundo os preceitos constitucionais qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual, vislumbrando-se, neste contexto, a igualdade estendida aos homossexuais, que em pleno século XXI ainda não desfrutam deste direito.

Flávia Piovesan afirma que: “as ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o

¹⁴BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Casa de Rui Barbosa, 1949. p.33-34.

¹⁵José Afonso da Silva quanto ao princípio da igualdade, destaca: “*porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais*”

¹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *cit.*

projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva”.¹⁷

Não se deseja contemplar apenas uma igualdade formal, uma igualdade perante o direito. A igualdade material exige que, para além de um tratamento meramente formal, o Estado assegure pela ação de seus poderes uma igualdade real de oportunidades e acesso aos bens materiais e culturais necessários para o pleno desenvolvimento do homem em todas as suas dimensões. Por isso, o princípio da igualdade não pode ser visto exclusivamente numa perspectiva reducionista. É necessário que, positivamente, ajam os poderes do Estado e, sobretudo, que se cumpra o conteúdo social do Estado de Direito.

Hans Kelsen sustentou em sua obra que "a igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres"¹⁸.

Por este pensamento de Hans Kelsen se observa que há uma evolução natural dos tempos, e que os conceitos que outrora eram irretocáveis, atualmente não contemplam a pós-modernidade. Coube em nossa história a distinção entre homens e mulheres. Coube um dia a repulsa e a desconsideração da existência de casais formados por pessoas do mesmo sexo.

¹⁷PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Caderno de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2006.

¹⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 203.

O conceito trazido pelo princípio da igualdade, de todos os autores do país, quiçá do mundo, visam coroar o maior dos objetivos atuais: as pessoas merecem respeito independentemente de certos fatores, ou melhor dizendo, independentemente de certos valores. Os homossexuais são tão detentores de direitos quanto os heterossexuais. Portanto, mais que a simples igualdade formal, pretende-se constatar a igualdade material, a qual ainda não se consolidou plenamente.

Para Celso Lafer, “nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade”.¹⁹

É possível em simples atos do cotidiano, verificar a ausência de igualdade de condições em que a lei trata os homossexuais. Bem se aplica, neste sentido, o raciocínio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que diz que “o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação”.²⁰

Não há que se admitir distinção, ausência de tratamento igualitário, sem fundamentação ou motivação para tanto. O fato de que a sociedade ainda se

¹⁹LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 150.

²⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 277.

mantém conservadora e não aceita de forma plena as relações homoafetivas não pode fazer com que nossa legislação seja discriminatória, além de omissa na maioria das vezes.

Na visão de Gomes Canotilho, “o princípio da igualdade proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem justificção razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevante. Proíbe também que se trate por igual situação essencialmente desigual. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetiva”.²¹

Suzana de Toledo Barros conclui que para se controlar a observância do princípio da igualdade na criação da lei e na sua aplicação, deve ser tomada a proporcionalidade como referência. Com o cotejo e o exame da coerência ou incoerência da desigualdade em face do objetivo consagrado na lei e mais do que isso, dos valores consagrados no ordenamento constitucional, ter-se-á uma forma eficaz de controle da discricionariedade legislativa e administrativa.²²

Para Alexandre de Moraes, “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízo valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidade e efeitos na medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos

²¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 419.

²²BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 86.

diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.²³

Consta-se que um tratamento legal diferenciado será sempre possível, desde que não afronte mas prestigie os vetores axiológicos da Constituição Federal, diante de uma dada situação concreta, não sem obedecer a uma certa gradação, a uma certa proporcionalidade. Vale dizer, a diferenciação será em algumas hipóteses desejável e até mesmo exigível para tutelar um valor abrigado pela Constituição. Do contrário, passa a ser discriminatória.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, “enquanto a Constituição afirma enfaticamente que todos são iguais perante a lei, o mesmo sistema jurídico estabelece profunda desigualdade social, econômica e política, dando como resultado que todos são desiguais perante a vida social, perante os aplicadores da lei, e por último, perante a própria lei”.²⁴

1.2 A afirmação histórica do princípio da igualdade

Pode-se dizer que o direito de igualdade se encontra inserido em sociedade desde antes de Cristo, pois o Código de Hamurabi (1.690, AC) talvez tenha sido a primeira codificação a consagrar direitos comuns a todos os homens, englobando-se a preservação do direito à vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família. Em 500 AC, Buda difundiu a idéia de igualdade entre todos os homens, em nome da influência filosófico-religiosa. Já de forma mais ordenada, mas ainda distintas da concepção atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem.

²³MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86-87.

²⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos humanos: definição, proteção e promoção. In: CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRO-CONSTITUINTE, 2. 1985, Brasília. *Anais...* Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1986. p. 92-94.

Contudo, foi o Direito Romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais, disciplinado de forma organizada e estruturada os direitos fundamentais. A lei das Doze Tábuas, codificação feita entre 451 e 450 AC, pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão como um todo.²⁵

Segundo Fábio Konder Comparato “a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral.”²⁶

O primeiro passo para a afirmação da importância dos direitos humanos se deu através do reconhecimento, antes da era cristã, de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para benefício pessoal dos governantes. Sendo assim, reconhece-se neste sentido que a proto-história dos direitos humanos começa já no século VI AC, com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e segue no século seguinte, com a fundação da república romana.²⁷

Os princípios da preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo sustentavam a democracia ateniense. Apoiava-se na soberania popular, expressa pelos cidadãos.²⁸ A consciência social do povo grego se achava arraigada à sua consciência ética, aos seus hábitos, aos seus costumes e à sua índole. Os gregos em geral, e não apenas os atenienses, atribuíam às leis um respeito quase religioso.

Não obstante este respeito às leis invocado pelos gregos, regiam-se por dois princípios com o objetivo de alcançar a democracia: a igualdade de

²⁵MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 7.

²⁶COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 36.

²⁷*Id. Ibid.*, p. 39.

²⁸Segundo Luiz Carlos de Azevedo, em sua obra *Introdução à História do Direito*, os cidadãos participavam da vida política na Grécia Antiga através de suas funções públicas, pelo direito de haver assento, pelo voto nos tribunais e pela participação cotidiana de que desfrutavam nas assembléias e conselhos.

direito perante a lei e a liberdade de conduta.²⁹ Ainda não se tinha nitidez quanto aos reflexos da igualdade formal, que na verdade não atingia o que hoje sustentamos como essencial: o respeito às diferenças.

Importante esclarecer que na Grécia, havia o livre exercício da sexualidade, sem rechaça à homossexualidade, que era vista como uma necessidade natural, não sendo tratada como uma degradação moral, problema ou algo desvirtuoso.

Para Luiz Carlos de Azevedo, ao cidadão grego era assegurado o direito de expressar seus pensamentos, expor sua queixa em público, no mesmo grau de igualdade da qual seus pares dispunham: tratava-se da isegoria³⁰, do direito igualitário à palavra³¹, afirmada repetidamente na composição dos conselhos e tribunais colegiados.³²

Fábio Konder Comparato relata que numa passagem da obra de Aristóteles, Ética a Nicômaco, “Heródoto reporta o espantoso diálogo que o rei dos persas, Xerxes, teria tido com um antigo rei de Esparta. O soberano persa, prestes a invadir a Grécia, manifesta o profundo desprezo que lhe inspira aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas ‘todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único’. O espartano retruca que se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: ‘eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os teus súditos a ti’”.³³

A propagação do helenismo trouxe consigo a difusão da democracia, de representação proporcional, da tripartição dos poderes e dos ideais de liberdade e igualdade que honravam e conduziam seus propósitos.

²⁹AZEVEDO, Luiz Carlos. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

³⁰Isegoria é um conceito oriundo da democracia grega, que consiste no direito de todos os cidadãos de manifestarem sua opinião política na Ágora, a praça onde se reuniam as assembléias do povo. Fonte: ISEGORIA. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Isegoria>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

³¹VERNANT, Jean Pierre. Os gregos inventaram tudo. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. Caderno MAIS!, 31 out. 1999. p. 4-5. *Folha On Line*. Disponível em: <<http://www.primeiraversao.unir.br/artigo43.html>>.

³²AZEVEDO, Luiz Carlos. *op. cit.*, p. 47.

³³COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 40.

No tocante à república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não só pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos.³⁴

Durante muito tempo os romanos regeram-se por preceitos jurídicos inspirados nos costumes, que só eram conhecidos pelos magistrados e pontífices. Entretanto, nos idos de 450 AC criou-se um código escrito, a Lei das XII Tábuas vigente até o século III AC.

Durante o período republicano, o senado Romano ganhou grande poder político. Os senadores, de origem patrícia, cuidavam das finanças públicas, da administração e da política externa. As atividades executivas eram exercidas pelos cônsules e pelos tribunos da plebe. A criação dos tribunos da plebe está ligada às lutas dos plebeus por uma maior participação política e melhores condições de vida.

Em Roma, a igualdade não era universal. Os cidadãos romanos eram considerados mais como membros de uma comunidade familiar do que como indivíduos. A defesa privada tinha larga utilização: a segurança dos cidadãos dependia mais do grupo. Em termos gerais, a história do direito romano abarca mais de dois mil anos, desde a Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) até o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (530 DC).

A homossexualidade, neste período, era vista de forma natural. Contudo, atrelava-se passividade sexual com impotência política, o que gerava preconceito. Como quem desempenhava o papel passivo eram os rapazes, as mulheres e os escravos - todos excluídos da estrutura do poder – costurava-se a relação entre masculinidade –poder político e passividade-feminilidade-carência de poder.³⁵

³⁴COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 42.

³⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça, cit.*, p. 25-26.

Conforme descreve Fábio Konder Comparato, “a democracia ateniense e a república romana foram destruídas pela vaga imperial que se estabeleceu a partir do século IV AC: primeiro com Alexandre Magno e em seguida com Augusto e seus sucessores”. Em 453 da era cristã, com a extinção do Império Romano do Ocidente, teve início uma nova civilização, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Iniciava-se a Idade Média.

A Alta Idade Média (séc. V a X) foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A sociedade feudal era estática e hierarquizada. A nobreza feudal (composta por senhores feudais, cavaleiros, condes, duques, viscondes) era detentora de terras e arrecadava impostos dos camponeses. O clero (formado por membros da Igreja Católica) tinha um grande poder, pois era responsável pela proteção espiritual da sociedade. Era isento de impostos e arrecadava o dízimo. A terceira camada da sociedade era formada pelos camponeses e pequenos artesãos, que tinham como única vantagem o *status libertatis*, ou seja, seus componentes não se confundiam com a multidão dos servos de todos os gêneros.³⁶ A relação estabelecida era de suserania e vassalagem. Todos os poderes jurídico, econômico e político concentravam-se nas mãos dos senhores feudais. A desigualdade nutria esta época, marcada por total ausência de isonomia.³⁷

Na Idade Média, a homossexualidade estava presente nos mosteiros e nos acampamentos militares. No entanto, a Igreja, através da Santa Inquisição, perseguia os homossexuais. Censuravam-se os pecados da carne. O III Concílio de Latrão, de 1179 tornou crime a homossexualidade.

A Baixa Idade Média (séc. XI a XV) marcou o surgimento da sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo

³⁶COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 73.

³⁷*Id. Ibid.*, p. 43.

direito. As diferenças passam a existir em razão da situação patrimonial das famílias e dos indivíduos.³⁸

A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida.”³⁹ Contra os abusos de concentração de poder, reclamados pelo imperador e pelo papa (que disputaram a hegemonia na Europa) surgiram as primeiras manifestações contrárias: a Declaração das Cortes de Leão de 1188, na península ibérica, e a Magna Carta de 1215, na Inglaterra.

Surgia a liberdade como semente dos direitos humanos, apesar de trazer liberdades específicas, reportando-se aos estamentos superiores da sociedade, como o clero e a nobreza. Algumas poucas concessões traziam o povo como destinatário. No entanto, com a ascensão dos comerciantes, formadores de grandes fortunas, nas cidades da Baixa Idade Média, a desigualdade social passou a não ser determinada pelo direito, mas pelas diferenças patrimoniais dos indivíduos. Nesta condição, teve-se a primeira experiência histórica de classes.

No mesmo período, a Europa medieval viveu um período de evolução, graças às invenções realizadas entre o século XI e XIII. Surgem novas técnicas de irrigação, constróem-se canais de navegação, inventam-se as caravelas, os métodos de contabilidade (utilizados até hoje) e os institutos jurídicos que colaboraram com a expansão do capitalismo (como a letra de câmbio, sociedades comerciais, contrato de seguro marítimo, dentre outros).

Com o aumento da concentração de poderes na Europa, ressurgiu o sentimento de liberdade na Inglaterra após a Idade Média. “As devastações provocadas pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social e

³⁸COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 45.

³⁹*Id. Ibid.*, p. 46.

estimularam a lembrança das antigas franquias estamentais, declaradas na Magna Carta”.⁴⁰

Após a Idade Média, durante dois séculos, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Foi a época em que se elaborou a teoria monarquista absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos ultracentralizadores, segundo Fábio Konder Comparato.⁴¹ O Direito Natural, na visão dos jusnaturalistas, surge com a intenção de reagir à situação teocêntrica na qual o Direito foi colocado durante o medievo. O jusnaturalismo defendia a idéia de que os direitos humanos decorrem da existência de um ordenamento universal nomeado como direito natural antecedente ao direito positivo.

A Magna Carta de 21 de junho de 1215 é peça básica de todo o constitucionalismo. Trouxe em seu corpo a enumeração de garantias aos súditos da monarquia e limite aos poder estatal. Assegurou também a liberdade de ir e vir, a propriedade privada e a graduação da pena.⁴²

De início, o *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights* beneficiavam apenas o clero e a nobreza, não estendendo sua utilidade a todos os súditos. Apesar desta distinção, a *Bill of Rights* trouxe a idéia de um governo representativo, começando-se a partir daí a se firmar como uma garantia institucional indispensável das liberdades civis.

Na Idade Média, o maior objetivo era a obtenção da limitação do poder estatal, norte dos documentos jurídicos que reconheciam a existência dos direitos humanos na época. Só a partir do terceiro quarto do século XVIII houve o desenvolvimento dos ideários de direitos humanos através das declarações fundamentais sobre o tema.⁴³

⁴⁰COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 46.

⁴¹*Id. Ibid.*, p. 43.

⁴²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

⁴³*Id. loc. cit.*

A retrospectiva de direitos fundamentais revelados na Inglaterra, no final da Idade Média, demonstra os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais, como a já citada Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), outorgada por João Sem terra em 15 de junho de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701.⁴⁴

Sob o ponto de vista da modernidade constitucional e para a liberdade contemporânea, o que mais importa são os documentos que começaram a surgir a partir do século XVII, reforçando a segurança jurídica. O primeiro dentre eles foi a Petição de 1628, conhecida como a *Petition of Rights* que o parlamento inglês enviou ao rei Carlos I, decapitado em 1649 durante a revolução puritana. Nessa petição, os cidadãos reclamam dos impostos ilegais, do aquartelamento dos soldados nas casas e das prisões sem justa causa. Dado o comportamento incorrigível dos seus reis, os parlamentares ingleses tiveram que apresentar a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos de 1689), a qual visava limitar a autoridade do rei, e principalmente impedir que o Parlamento fosse fechado sob qualquer pretexto. Nesse documento, foram afirmados os direitos e as liberdades costumeiras do povo inglês, restringindo o poder do soberano que só poderia suspender a execução de leis e manter exército em tempos de paz com a devida autorização do Parlamento.

Os momentos que antecederam a redação dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovadas pela Assembléia Nacional da França em agosto de 1789, mostraram o inequívoco enlace entre as duas grandes revoluções liberais-democráticas do século XVIII: a Americana de 1776, e a Francesa de 1789.

⁴⁴Miranda, Jorge, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, 2ª ed. Lisboa: Casa da Moeda, 1990, p. 13, *apud*, MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 7.

O artigo I da Declaração de 12 de junho de 1776⁴⁵ constituiu o registro de nascimento dos direitos humanos na História, segundo Fábio Konder Comparato. Treze anos mais tarde, com a Revolução Francesa, reafirma-se a mesma idéia de igualdade, através do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Na oportunidade, faltou o reconhecimento da fraternidade, que só seria estabelecida com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Para Fábio Konder Comparato, “a conseqüência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, foi a mudança nos fundamentos da legitimidade política”. Ainda aí, a Declaração da Virgínia (1776), deu o tom: ‘Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, governantes) são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele’ (art. II).⁴⁶

Paulo Bonavides afirmou que “as declarações antecedentes, de ingleses e americanos, podiam talvez ganhar concretude, mas perdiam em abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.”⁴⁷

Segundo Fábio Konder Comparato, os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à

⁴⁵O artigo I da Declaração de 1776 diz que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, aos entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar o obter a felicidade e a segurança”.

⁴⁶COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 50.

⁴⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 562.

coroa britânica do que estimular igual movimento em outras colônias europeias, enquanto que os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos.⁴⁸

Entretanto Georg Jellinek⁴⁹ ponderou que “o cidadão titular de um direito público subjetivo em confronto com o ato que viole seu espaço de liberdade detém a possibilidade de buscar a anulação de tal ato por um juiz imparcial, de modo a coincidirem a teoria de direito público subjetivo com o princípio da legalidade dos atos administrativos, e, por outro lado, revela-se a indispensabilidade da justiça administrativa para sustentar o Estado de Direito. Por outro lado, o particular não goza de tutela alguma perante o legislador, vez que as declarações de direitos não são dotadas de categoria superior as de lei ordinária e tampouco assistidas por uma jurisdição constitucional de liberdade, constituindo meros enunciados de cunho político, privados de eficácia jurídica. Apenas nos Estados Unidos, devido a rigidez das normas constitucionais, que compreendiam os *bills of rights*, prepondera o poder dos juizes de não aplicar a lei que as contrariasse. Ao contrário na França, o significado da Declaração de 1789 era desvalorizado, uma vez a justiça administrativa desse país era instituída como mera articulação interna do aparato hierárquico e piramidal da Administração Pública e, diferentemente do que se verifica após na Alemanha, não se configurava como criação de um juiz imparcial, que resolveria as controvérsias entre os cidadãos e a Administração.”

Portanto, a consagração normativa coube à França, que prestigiou a positivação dos direitos fundamentais, quando, em 1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com dezessete artigos, documento-chave para a afirmação dos direitos humanos. Dentre as inúmeras e relevantes previsões, podemos particularizar os seguintes

⁴⁸COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 50.

⁴⁹JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milano: Giuffrè, 2002. Introdução, p. LVIII.

direitos fundamentais: a) igualdade, b) liberdade, c) propriedade, d) segurança, e) resistência à opressão, f) associação política, g) legalidade, h) reserva legal e anterioridade em matéria penal, i) presunção de inocência, j) liberdade religiosa, l) livre manifestação de pensamento.⁵⁰

As declarações dos séculos XVIII e XIX, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Americana de 1776, privilegiam a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia burguesa. Em tais declarações há um primado absoluto dos direitos civis e políticos, ou seja, do valor da liberdade, não havendo previsão de direitos sociais, econômicos e culturais que dependessem da intervenção estatal, uma vez que, à época, procurava-se limitar o poder absoluto dos reis, bem como assegurar os privilégios conseguidos pelas classes emergentes, e, para tal, era necessário controlar o poder estatal, a qual deveria estar em consonância com a legalidade, como também respeitar os direitos fundamentais.

Os diplomas constitucionais do início do século XX surgiram marcados pelas preocupações sociais, como a Constituição Mexicana de 31/1/1917, a Constituição de Weimar, de 11/8/1919, a Declaração soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17/1/1918, seguida pela primeira Constituição Soviética, de 10/7/1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano, de 21/4/1927.⁵¹

A Constituição de Weimar foi estruturada trazendo em sua primeira parte a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social. A terceira dedicou-se à religião e sociedades religiosas, a quarta à instrução e estabelecimento de ensino, e a quinta, à vida econômica.⁵²

⁵⁰MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 10.

⁵¹*Id. Ibid.*, p. 12.

⁵²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais, cit.*, p. 48.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição Mexicana de 1917 não merece ser considerada como marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais, como o é por alguns doutrinadores, visto que sua repercussão, mesmo na América Latina, foi mínima. Segundo ele trata-se de um “documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais”.⁵³

Fábio Konder Comparato diz que a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais⁵⁴, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.⁵⁵

Considera-se que a humanidade, ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, compreendeu mais do que qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.⁵⁶

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do acordo de Estados, tornando esses direitos propósito e finalidade das Nações Unidas. Deste modo, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. Embora a Carta das Nações Unidas seja enfática em determinar a importância de se defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 46.

⁵⁴ No mesmo sentido Alexandre de Moraes, ao mencionar que a Constituição mexicana de 1917 garantiu direitos individuais com fortes tendências sociais, como os direitos trabalhistas.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição mexicana de 1917. *DHnet* - Rede Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁵⁶ *Id.* A afirmação histórica dos direitos humanos, cit., p. 54.

fundamentais, ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto. O alcance e significado da expressão: “direitos humanos e liberdades fundamentais”, só foi definida três anos após o advento da Carta das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que fixou um código comum e universal dos direitos humanos. Enfim, tal Declaração surge como uma interpretação autorizada dos artigos 1º e 55 da Carta da ONU, no sentido de melhor esclarecer quais seriam os direitos humanos e as liberdades fundamentais e, desse modo, tornar mais eficaz o respeito a eles.

Para Francisco Rezek, “até fundação das Nações Unidas em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”.⁵⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁸, assinada em Paris, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas⁵⁹ - foi o mais amplo documento concebido em favor da humanidade. “Constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional”.⁶⁰ Promulgada em ato contínuo à II Guerra Mundial pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser considerada o documento de maior relevância histórica dos direitos humanos por ter reconhecido expressamente a democracia como o único regime político eficaz para assegurar os direitos humanos e a dignidade humana, inerente a todos os membros da família humana, e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.⁶¹

⁵⁷REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 223.

⁵⁸A Declaração Universal do Direitos Humanos foi submetida a voto e aprovada por quarenta e seis a zero, com oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita e os países do bloco socialista).

⁵⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais, cit.*, p. 53.

⁶⁰MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 18.

⁶¹ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade, p. 139-166. *DHnet* - Rede Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html>.

Nos seus artigos, essa declaração de caráter internacional contém uma súmula dos direitos e deveres fundamentais do homem, sob os aspectos individual, social, cultural e político. Em seu artigo 1º, a declaração prevê que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.⁶² Essa declaração proclamou a liberdade e a igualdade dos direitos entre todos, reivindicando seus direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão). A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo assim o fundamento para a liberdade, justiça e paz no mundo e a repulsa ao desrespeito de direitos fundamentais.⁶³

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirmou a crença dos povos das Nações Unidas nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor das pessoas humanas e na igualdade de direitos do homem e da mulher, visando à promoção do progresso social e à melhoria das condições de vida em uma ampla liberdade”, segundo Alexandre de Moraes.

Para Norberto Bobbio, “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos particulares (quando cada constituição incorpora a Declaração de Direitos), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.⁶⁴

Para Flávia Piovesan, a Declaração dos Direitos Humanos “vem atestar o reconhecimento universal de direito humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados”.⁶⁵

⁶²ALVES, José Augusto Lindgren. *op. cit.*

⁶³MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 30.

⁶⁵PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 176.

Salienta-se que, segundo Alexandre de Moraes, “anteriormente à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nesse mesmo ano, em abril de 1948, a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, havia aprovado a Resolução XXX, consagrando a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que com seus 38 artigos trazia previsões muito semelhantes às aquelas já narradas”, fazendo clara referência à Declaração Universal dos direitos do Homem.⁶⁶

O Brasil é signatário da Declaração do direito ao Desenvolvimento (1986), da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), e da Declaração de Pequim (1995). Além destes, pode-se acrescentar ao rol de Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, dos quais o Brasil participa, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966)⁶⁷, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (1969), Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).⁶⁸

Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, que

⁶⁶MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, em seu texto Os direitos humanos: definição, proteção e promoção, a própria ONU reconheceu a necessidade de que os direitos fundamentais passassem da abstração à realidade. Para tanto, aprovou em 1966 os Pactos de Direitos Humanos, englobando Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos. “Não basta que os indivíduos sejam protegidos de eventuais agressões do poder político, sendo indispensável dar condições para enfrentar o poder econômico, a fim de que a liberdade e a igualdade possam existir em situações concretas, na vida real, e não apenas nos livros, nas leis e na mente das pessoas”, segundo o autor.

⁶⁸MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 20-21.

têm direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como à paz e à segurança.⁶⁹

Tal tradição de conquistas em direitos humanos influenciou a formação dos preceitos da Constituição Federal de 1988. Verifica-se que, no Brasil, nossa Constituição reproduz a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 em grande parte, senão no todo, dos direitos em seu corpo estabelecidos.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade do século – as premissas basilares da doutrina kantiana”.⁷⁰

Pode-se extrair fundamento para que o Brasil tenha em sua constituição grande teor da Declaração de 1948 pelo fato de tê-la assinado desde sua proclamação, em 10 de dezembro de 1948.⁷¹ Constata-se que, na Constituição de 1988, os direitos fundamentais aumentam, de forma antes nunca vista, o elenco dos direitos protegidos que demonstram estar em consonância com a Declaração Universal de 1948. São direitos amplamente conhecidos, como o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, de não ser torturado nem escravizado, de não ser detido ou exilado arbitrariamente, direito à igualdade jurídica e a proteção contra a discriminação, a um julgamento justo, à liberdade de pensamento, expressão, religião, locomoção e reunião, à participação na política e na vida cultural da comunidade, à educação, ao trabalho, ao repouso, a um nível adequado de vida e uma série de outras necessidades naturais, sentidas por todos e instituídas como direitos próprios por qualquer cidadão consciente.⁷²

⁶⁹COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 55.

⁷⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 20.

⁷¹*Id. Ibid.*, p. 19.

⁷²ALVES, José Augusto Lindgren. *op. cit.*

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 enumera direitos e garantias fundamentais logo no Título II, antecipando-se à estrutura do Estado. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho “quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece”.⁷³

Os direitos fundamentais foram inclusos no rol das “cláusulas pétreas” do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, fazendo com que os preceitos relacionados aos direitos fundamentais jamais fossem suprimidos ou alterados através do exercício do poder constituinte derivado.⁷⁴

Nota-se que a Carta Magna de 1988 pretende a igualdade universal, não se atendo à igualdade formal, ineficaz para uma sociedade heterogênea, pluralista e multicultural como a atual, para todos, independentemente de qualquer natureza ou condição. A Constituição Federal aspira a não-desagregação, a não-discriminação, a não-exclusão.⁷⁵

Na pós-modernidade, verifica-se a fragmentação dos anseios e das necessidades humanas. Igualdade passa a ser o reconhecimento das desigualdades, preservando-se os direitos das minorias, dentre elas a formada por homossexuais. Relevam-se as distinções, e passa-se a considerar dignidade da pessoa humana como sendo a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

Assegura-se a todos um complexo de direitos e deveres fundamentais que preservem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Garantem-se condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

⁷³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 99.

⁷⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, cit.

⁷⁵BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *op. cit.*, p. 350.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁶

Todas as declarações foram e ainda são muito importantes, cada uma dentro de seu momento histórico. Seus reflexos são sentidos até hoje, e possibilitam feitos impensáveis há tempos atrás. Sob este aspecto, menciona-se a Declaração dos Direitos Sexuais.⁷⁷ Em 1997, em Valência, na Espanha, elaborou-se a Declaração dos Direitos Sexuais durante o XIII Congresso Mundial de Sexologia. Após dois anos, durante o congresso realizado em Hong Kong, na China, a Associação Mundial de Sexologia (WAS - World Association for Sexology), em Assembléia Geral, aprovou e referendou a referida declaração.

A Declaração dos Direitos Sexuais afirma que sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano. O desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas, como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Menciona-se que a sexualidade é construída através da interação entre os indivíduos e as estruturas sociais, valorizando-se o desenvolvimento da sexualidade para o desenvolvimento individual, interpessoal e social.⁷⁸

Segundo o texto da referida declaração, “os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres humanos. Saúde sexual é um direito fundamental, então saúde sexual deve ser um direito humano básico”. Reforça-se a não discriminação através do artigo 3º, que prevê o direito à igualdade sexual, afastando toda forma de discriminação, independentemente de sexo, gênero,

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 37.

⁷⁷DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 50.

⁷⁸Em seu texto, a Declaração dos Direitos Sexuais traz onze artigos: 1) direito à liberdade sexual; 2) direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; 3) direito à privacidade sexual; 4) direito à igualdade sexual; 5) direito ao prazer sexual; 6) direito à expressão sexual; 7) direito à livre associação sexual; 8) direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; 9) direito à informação baseada no conhecimento científico; 10) direito à educação sexual compreensiva; 11) direito à saúde sexual.

orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências físicas ou mentais.

Verifica-se que apesar da dificuldade de aceitação da temática, a Declaração dos Direitos Sexuais é um grande avanço para o reconhecimento da liberdade sexual e da não-discriminação sob a égide da orientação sexual.

Boaventura de Souza Santos, em sua colocação, consagra o respeito e a valorização da igualdade, que valerá sob todos os aspectos e enfoques, invocando-a, no presente estudo, para o reconhecimento da igualdade independentemente da orientação sexual: “...temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.⁷⁹

1.3 A consagração da dignidade da pessoa humana como base da cultura dos direitos humanos

Conforme observa Fábio Konder Comparato “uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade – do Direito em geral e dos direitos humanos em particular – já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, tampouco numa abstração metafísica – a natureza como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade

⁷⁹SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, p. 56.

substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”.⁸⁰

Segundo Fábio Konder Comparato, os grandes textos normativos posteriores à 2ª Guerra Mundial consagram a idéia supramencionada⁸¹. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), através de seu artigo 1º afirma a condição do homem como um ser livre e igualitário, em dignidade e direitos. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas. A Constituição da República Italiana (1947) declara em seu artigo 3º que “todos têm a mesma dignidade social”. A Constituição da República Federal Alemã (1949) proclama que “a dignidade do homem é inviolável, através de seu artigo 1º. Diz ainda que o respeito à dignidade é dever de todos os Poderes do Estado. A Constituição Portuguesa (1976) prevê que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A Constituição Espanhola (1978) diz que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social”. Por fim, como amplamente difundido, a Constituição Brasileira traz como um dos fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)”⁸².

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana

⁸⁰COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 4, v. 1, n. 48, p. 60, dez. 2000.

⁸¹No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82, afirma que “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes. Em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Nações Unidas em 1948.”

⁸²COMPARATO, Fábio Konder, Fundamento dos direitos humanos, *cit.*, p. 60-61.

deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza, a do desejo pessoal, através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra seu desejo natural. Daí se pôde pensar, como o fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferente: a dignidade é inerente ao homem, enquanto espécie; e ela existe *in actu* apenas no homem enquanto indivíduo, portanto, passando assim a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não apenas olhar em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível”.⁸³

Roger Raupp Rios afirma que “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais de direitos humanos”.⁸⁴

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”.⁸⁵

Para Rizzato Nunes, “...necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana”.⁸⁶

⁸³MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 77-78.

⁸⁴RIOS, Roger Raupp. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003.

⁸⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

João Batista Herkenhoff ensina que “o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais relevante postulado ético e jurídico. Não há Direito, mas negação do Direito, fora do reconhecimento universal e sem restrições do princípio da dignidade da pessoa humana. A atual Constituição do Brasil recepciona a “dignidade da pessoa humana”, como fundamento da República.⁸⁷ Mas ainda que a Constituição não acolhesse esse princípio, ele teria de ser afirmado, especialmente pelos juízes, porque o princípio da dignidade da pessoa humana está acima da Constituição e das leis. Integra aquele elenco de valores que a doutrina chama de metajurídicos. Quando profere uma decisão baseada no “princípio da dignidade da pessoa humana”, o magistrado está dispensado de citar artigos constitucionais ou legais, se não os há disponíveis no sistema jurídico. É o que acontecia, no Brasil, antes da Constituição de 1988”.⁸⁸

O discurso sobre os direitos humanos tem sido marcado por apelos à "dignidade" da pessoa humana. No que consiste esta dignidade é objeto de debate, formando duas linhas de entendimento: substantivo e outra procedimental, segundo José Reinaldo de Lima Lopes.

“De caráter substantivo seriam aquelas definições que fazem de certas qualidades de caráter um componente essencial da dignidade. Tendem a tratar a dignidade como um valor, ou seja, um objeto ideal. Tendem também a ser prescritivas, determinando que certas maneiras de ser são mais ou menos dignas. Uma consequência possível de perceber assim a dignidade da pessoa humana é assumir prescrições de comportamento bom, cujo resultado tem dois lados. Em primeiro lugar, aqueles que não atingem o ideal substantivo de pessoa digna passam a ser tratados com certa condescendência ou paternalismo. O apelo à dignidade resulta em comiseração neste caso. Em segundo lugar, esta condescendência ou paternalismo, esta "tolerância" no sentido negativo do

⁸⁷Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

⁸⁸HERKENHOFF, João Batista. Princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=936>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

termo (tolera-se o que a rigor se poderia suprimir), gera uma atitude política de corte autoritário. Esta concepção de dignidade como um *status* ideal a ser atingido provoca a divisão em estratos: a humanidade tem pessoas mais ou menos dignas, como se dividiam as pessoas em sociedades aristocráticas, oligárquicas, de classes ou de castas. Deste mesmo ponto de vista, uma tarefa da elite, do governo ou da autoridade é tornar os homens bons, sendo condescendente com os que não logram atingir o ápice dos ideais substantivos e normativos compartilhados pelo grupo dos bons, da aristocracia moral da humanidade. Quem não vive como este grupo vive abaixo do padrão de dignidade. Esta idéia resulta, afinal, e paradoxalmente, no demérito dos que não atingem o ideal objetivo (e exterior à pessoa) proposto, que perdem a sua dignidade (e podem perder seus direitos). De um instrumento de defesa das pessoas, a expressão dignidade termina por transformar-se em instrumento de exclusão. Uma aristocracia moral tenta desqualificar seus interlocutores.”

“A segunda linha de definição é de matriz moderna e recebe em Kant uma formulação mais elaborada. Ele define a dignidade humana na Fundamentação da metafísica dos costumes. Diz que no reino dos fins tudo tem um preço: tudo pode ser escolhido e, portanto, trocado no universo da liberdade. Aquilo que não pode ser trocado, substituído e que não tem equivalente não tem preço: seu valor chama-se dignidade. Não há equivalente, não há comensurabilidade no que diz respeito àquilo que é um fim em si, que não pode ser objeto ou instrumento de nenhuma ação. Este fim em si é o sujeito racional, a pessoa humana. Os seres humanos devem reconhecer-se como fins em si mesmos, devem reconhecer a humanidade em si e nos outros. Este reconhecimento recíproco da dignidade de cada um é o respeito. Respeito significa uma espécie de amor impessoal, "não patológico", como diz Kant. Na idéia de respeito encerra-se uma forma de reconhecimento, de consciência refletida da minha identidade na identidade dos outros. Esta idéia será retomada em Hegel: ao contrário da família e da sociedade civil, em que os laços afetivos

ou as trocas fundadas nas necessidades se estabelecem, é no âmbito do Estado (e, pois, do direito público e político) que o reconhecimento impessoal se conclui, afirmando-se um respeito pelas diferenças e ao mesmo tempo estabelecendo-se um sentimento de solidariedade. Com todas as enormes discussões que o ponto de vista kantiano pode suscitar, creio que, para a teoria dos direitos humanos, ele é até hoje fundamental. Sua implicação mais importante está numa antropologia da liberdade. A dignidade da pessoa está ligada à sua capacidade de agir humanamente, e agir de maneira humana é agir livremente, deliberando, escolhendo seus planos e seus fins”.⁸⁹

Em Kant, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.⁹⁰ Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo.⁹¹ E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, cumpre observar que o legislador constituinte nacional, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Segundo Rizzatto Nunes, “a dignidade é o primeiro fundamento de todo sistema jurídico nacional posto e último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”.⁹²

⁸⁹LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 15, n. 42, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6909200000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁹⁰Kant diz que “o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.

⁹¹KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 68.

⁹²NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *op. cit.*, p. 45.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou sua posição, ao declarar que “o julgador, na aplicação da lei, não deve restringir-se à singela subsunção do fato à norma, mas, antes, auscultar os princípios vetores do ordenamento jurídico e os fins a que se destina, concedendo relevo à tutela da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República”.⁹³

Os tribunais, em especial, no caso mencionado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul têm reconhecido que “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”.⁹⁴

Para Rizzatto Nunes, “a dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”. O autor ainda afirma que o princípio da dignidade tem o papel de “estimulador do desenvolvimento social”, além de “freio da bestialidade possível da ação humana.”⁹⁵

Não se pretende discutir se o ser humano é naturalmente bom ou mau. “Nem se vai refletir com conceitos variáveis do decorrer da história, pois, se assim fosse, estar-se-ia permitindo toda sorte de manipulações capazes de colocar o valor supremo dignidade num relativismo destrutivo de si mesmo. E, conforme colocamos desde o início, a dignidade é garantida por um princípio.

⁹³AgRg no REsp 726828 / SC, 1ª Turma do STJ, Ministro LUIZ FUX, julg. 21/9/2006, DJ 5/10/2006, p. 246.

⁹⁴Ap. Cível 70013909874, 7ª Câmara TJRS, rel. Maria Berenice Dias, jul. 5/4/2006.

⁹⁵NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *op. cit.*, p. 46.

Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.”⁹⁶

Chaim Perelman tratou da dignidade sob a seguinte égide: “Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito como um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a casa ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito. (...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.”⁹⁷

No Direito Brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 explicitou no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Ao que se verifica pelos fatos históricos (tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Constituição italiana de 1947, Constituição portuguesa de 1976, todas pregando

⁹⁶NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *op. cit.*, p. 46.

⁹⁷PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 400.

o respeito à dignidade) a dignidade humana não foi criada pela ordem constitucional, mas passou a ser por ela protegida. “A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.⁹⁸

Segundo Eduardo Bittar, “desprovida de universalismos, a palavra dignidade (*dignitas* – latim) parece corresponder a um importante foco, e, portanto, a um importante centro convergente de idéias e preocupações sociais, em meio às dispersões pós-modernas, onde o destaque dado reitera a importância da conquista histórica dos direitos fundamentais. Pensar na perspectiva que se amplia para o século XXI é pensar no fato de que a dignidade passa a recuperar seu valor, seu sentido, recompondo-se para fazer parte do discurso jurídico do milênio que irrompe já marcado por inúmeras violações aos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁹⁹

Torna-se imprescindível o respeito e a compreensão entre as pessoas para que a dignidade seja real. Eduardo Bittar, afirma que “só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana”.¹⁰⁰

1.4 Os princípios da igualdade e da dignidade

O princípio da dignidade¹⁰¹ da pessoa humana é o norte do sistema jurídico nacional. A Constituição Federal prega e impõe respeito a este

⁹⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 82-83.

⁹⁹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 302.

¹⁰¹A raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim *dignus* – “aquele que merecer estima e honra, aquele que é importante”.

princípio¹⁰². Para alguns autores, inclusive, trata-se do mais importante princípio constitucional, que dá a “diretriz para a harmonização dos princípios.”¹⁰³

Segundo Maria Celina Bondin de Moraes, “o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade¹⁰⁴, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direito iguais aos de todos os demais”.¹⁰⁵

Na dignidade da pessoa humana se encontra reconhecimento de que, para o “direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”.¹⁰⁶

Para Miguel Reale, “o Homem é valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu valor com sua valia. De todos os seres só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas”.¹⁰⁷ O homem precisa ter consciência da dignidade da qual faz jus.

Para Alexandre de Moraes, o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana se apresenta em duas concepções. A primeira prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. A segunda estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.¹⁰⁸

¹⁰²DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 103.

¹⁰³NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁴Nota-se que esta é apenas uma das formas de igualdade, a primeira, a igualdade formal ou igualdade perante a lei. No entanto, ao longo dos tempos, observou-se ser insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar. Adotou-se, assim a igualdade material, acrescida à idéia de igualdade formal, cuja medida prevê a necessidade de se tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade. A igualdade formal requer a igual aplicação do direito vigente sem consideração das qualidades ou atributos pessoais dos destinatários das normas jurídicas. A igualdade material (igualdade na lei) exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas, e exige como dever do legislador considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos.

¹⁰⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁰⁷REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 191.

¹⁰⁸MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.

Pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana se fundamenta originariamente nos valores da liberdade e da igualdade. Nessa tarefa de justificação, verifica-se que esse princípio pressupõe o direito do indivíduo de escolher autonomamente qual plano de vida pretende seguir, o que sem dúvida perpassa a questão da liberdade. “No que se refere à igualdade, esse valor se mostra de forma mais contundente em momento posterior ao estabelecimento do contrato que engendra a sociedade, e por conseguinte, o Estado. Isso porque pressupõe a existência de distanciamento entre os projetos de vida dos indivíduos e o respeito pelos mesmos, sem qualquer ação (medida ou instância) os suprimam de forma arbitrária. Na medida em que a diferença é um dos princípios basilares da sociedade liberal, percebe-se que ela tem, como fator legitimador, o pluralismo, sendo, portanto, uma decorrência do mesmo ...Nesse sentido, o princípio da diferença, em uma sociedade plural, torna os indivíduos iguais. Iguais porque todos têm o mesmo direito de fazer o que quiser com sua vida, desde que isso não transgrida as proibições jurídicas aceitas por cada membro da sociedade no momento da elaboração do contrato inicial, cuja tradução seria a própria constituição. É claro que tais sanções são a todos impostas, pois voluntariamente o indivíduo decidiu agir de acordo com um plano rejeitado primariamente pela sociedade”.¹⁰⁹

Para Rizzatto Nunes, a “dignidade é primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e último arcabouço da guarda dos direitos individuais”.

Segundo Karl Larenz, *“la legislación está vinculada al ‘ordenamiento constitucional’ y está vinculada también a los derechos fundamentales y a los principios jurídicos que existen tras ellos y ante todo al*

¹⁰⁹BARBOSA, Ana Paula Costa. A fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 95.

principio del respeto a la dignidad del hombre. De este modo se abandona la equiparación del Estado del Derecho con un simple Estado de Leyes”.¹¹⁰

Para Flávia Piovesan, “a implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições dos direitos humanos elementares. Se a democracia confunde-se com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade.”¹¹¹

A Autora afirma ainda que “para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”.¹¹²

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração Universal, manifestou-se no sentido de que “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 leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais. Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o

¹¹⁰LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993. p. 157.

¹¹¹PIOVESAN, Flavia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*, cit.

¹¹²*Id.* *Fronteiras do direito contemporâneo*. São Paulo: Casa Vida, 2002. p. 89.

capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.”¹¹³

Confirma-se, portanto, o respeito à Constituição Federal, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º,X), que, como afirma Luiz Edson Fachin, “formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.”¹¹⁴

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.”¹¹⁵

Habermas afirma que “uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um

¹¹³SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 43-44.

¹¹⁴FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

¹¹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 18.

liberdades iguais, de modo que "a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos".¹¹⁶

Rizzatto Nunes se reporta a Miguel Ekmekdjian¹¹⁷ e afirma que o referido autor, preocupado com a questão da dignidade, resolve-a em termos que o escritor concorda, dizendo: “se realizarmos uma enquête sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea. Implica uma transposição de lugares. De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade em um ser inerte, em uma pedra ou em um vegetal. Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente em um enfoque biológico), nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era vida a dos escravos tratados como animais que servem para trabalhar e reproduzir-se? Biologicamente sim, mas eticamente, não.”¹¹⁸

Para Maria Celina Bodin de Moares “a dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano ter dignidade só pelo fato de ser pessoa”.¹¹⁹ Diante disso, é necessário aplicar o direito a partir do respeito pela diferença, que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas”.¹²⁰

¹¹⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2, p. 52.

¹¹⁷Professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires.

¹¹⁸NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁹*Id. Ibid.*, p. 48.

¹²⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 92.

2 DISCRIMINAÇÃO, LESÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ORIENTAÇÃO SEXUAL

2.1 Preconceito e discriminação

O ideal democrático atual no que tange à igualdade pretende o respeito às diferenças de grupos específicos (no caso em tela, os homossexuais), o que exige a implementação de mecanismos de proteção diferenciados. José Afonso da Silva é um dos poucos constitucionalistas a tratar expressamente sobre a questão, ao comentar a proibição de discriminação por motivo de sexo, hipótese em que inclui a discriminação por orientação sexual. Analisa que a abrangência da vedação de distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação inclui também o fator orientação sexual, à medida que ele tem servido de base para desequiparações e preconceitos.¹²¹

Nas políticas públicas democráticas, especialmente em uma sociedade extremamente desigual, para que todos possam gozar dos direitos previstos na lei é preciso que o Estado assuma atitude intervencionista, no sentido de criar condições de igualdade de pontos de partida para aqueles que se encontram desamparados e discriminados, fora do círculo de amparo legal.

Trata-se de, a partir destes conflitos e conquistas, tentar-se evitar a experimentação de um retorno a eventos históricos que marcaram a cultura do século XX. Um dos grandes exemplos se dá com a menção do nazismo de Hitler, que governou a Alemanha entre 1933 a 1945. Nazismo ('Nazi' é uma abreviação de *Nationalsozialist*) é o termo usado para descrever as doutrinas nacionalistas, anticomunistas e anti-semitas do Partido Nacional Socialista dos

¹²¹SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 118.

Trabalhadores Alemães, integrado por Adolf Hitler¹²². Os Nazistas pregavam a superioridade da raça Ariana dominante, liderada por um *Führer* infalível, que estabeleceria um Terceiro *Reich* pangermânico que duraria mil anos. Enquanto isso, aniquilaria os judeus e os comunistas, principais bodes expiatórios de todos os problemas da Alemanha. Milhões de judeus, poloneses, russos, ciganos, católicos, gays e deficientes físicos foram aprisionados em campos de concentração, onde morreram, foram executados, ou submetidos a experiências. Outros milhões foram usados em trabalhos forçados.

Segundo os registros nazistas, cerca de cem mil homossexuais foram detidos nesta época. A metade foi presa e desses dez a quinze mil acabaram nos campos de concentração. Cerca de sessenta por cento foram mortos. Ainda mais desconhecida é a história pós-guerra: muitos dos sobreviventes continuaram a ser perseguidos mesmo na Alemanha pós-nazista, onde eram vistos não como prisioneiros políticos, mas como criminosos, segundo a lei que entrou em vigor depois da liberação. No pós-guerra alguns deles foram de novo detidos e presos. Todos ficaram excluídos das indenizações do governo e na maioria dos casos o tempo que ficaram presos e em campos de concentração foi descontado das suas pensões. A cura através de suicídios, casamentos e do isolamento eram comuns.

Nos anos cinquenta e sessenta o número de prisões por causa da homossexualidade na Alemanha Ocidental foi tão alto quanto durante o nazismo. A versão nazista da lei sobre sodomia¹²³ permaneceu em vigor até 1969. Quando a comunidade internacional buscou justiça para as vítimas de Hitler com os processos de Nuremberg (1946), os homossexuais foram totalmente ignorados, com a anuência dos países da Europa e dos Estados

¹²²NEGAÇÃO do Holocausto e Nazismo (Nacional-Socialismo). *The Skeptics Dictionary*. Disponível em: <<http://skepdic.com/brazil/nazismo.html>>.

¹²³Sodomia é uma palavra de origem bíblica usada para designar o sexo anal entre homossexuais ou heterossexuais. Popularmente tal palavra é usada com mais frequência para condenar as práticas homossexuais. A palavra sodomia tem origem na descrição bíblica da destruição de Sodoma e Gomorra, em Gênesis, capítulo 19, versículos 1 a 11. (SODOMIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sodomia>>).

Unidos do pós-guerra, assim como ocorreu com os memoriais, museus e as pesquisas¹²⁴. Apenas recentemente o parlamento alemão considerou o descaso, e concordou em destinar seiscentos e dez mil dólares para a construção do memorial em homenagem aos homossexuais no centro da capital alemã, Berlim, no Parque Tiergarten¹²⁵. Mesmo diante de tantas atrocidades cometidas, as autoridades da Alemanha só apresentaram um pedido de desculpas formal aos homossexuais perseguidos pelo nazismo no ano de 2002.

Não apenas na Europa, mas principalmente no Brasil, foco do estudo, observa-se a condição dos homossexuais no país e quão discriminados são. Primeiramente, faz-se importante esclarecer que “o vocábulo homossexualidade foi criado pelo médico húngaro Karoly Benkert e introduzido na literatura técnica no ano de 1869”¹²⁶. Forma-se pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante, e pela palavra latina *sexus*, ou seja, sexualidade, significando “sexualidade semelhante”.

Segundo informações do Grupo Gay da Bahia, a mais antiga organização não-governamental homossexual do Brasil e da América Latina, entre 1980 e 2005, foram assassinados no Brasil dois mil quinhentos e onze (2.511) homossexuais, em sua maior parte, vítimas de crimes homofóbicos. Dentre as vítimas, setenta e dois por cento (72%) gays, vinte e cinco por cento (25%) travestis, três por cento (3%) lésbicas. Para uma população estimada em vinte mil (20.000) indivíduos, os transgêneros (travestis e transexuais) são proporcionalmente mais agredidos que as lésbicas e gays, que somam mais de dezoito milhões de brasileiros, dez por cento (10%) da população.

No Brasil registra-se, portanto, um crime de ódio anti-homossexual a cada três dias. Uma média de cem homicídios anuais. Desde 2000 essa média

¹²⁴PARAGRAPH 175 - desvendando a perseguição nazista. *Gay Brasil*. Disponível em: <<http://www.gaybrasil.com.br/notas.asp?Categoria=Idigital&Codigo=1289>>.

¹²⁵VÍTIMAS gays do nazismo terão memorial. *BBC Brasil*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/12/031212_berlimg.shtml>.

¹²⁶DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 33.

vem aumentando: cento e vinte e cinco (125) crimes por ano, sendo que em 2004 atingiu o assustador número de cento e cinquenta e oito (158) homicídios.

Segundo Luiz Carlos de Barros Figueiredo noticiou-se no Jornal do Comércio de 1 de maio de 2001 cento e trinta e cinco mortes (135) de homossexuais no Brasil no ano de 2000, destes sessenta e nove por cento (69%) de gays, vinte e nove por cento (29%) de travestis e vinte por cento (20%) de lésbicas. Na mesma matéria menciona-se que o Brasil é o campeão mundial de crimes contra homossexuais, incluindo-se os países muçulmanos africanos onde a homossexualidade é criminalizada¹²⁷.

Luiz Carlos de Barros Figueiredo cita ainda o registro na Revista Veja, de 9 de maio de 2001, fls. 32, desmentindo os números acima citados, com o seguinte teor: “Como não existem estatísticas oficiais no Brasil sobre agressões sofridas por homossexuais, o Grupo Gay da Bahia tomou a iniciativa de realizar por conta própria um levantamento sobre o assunto. Por meio de uma pesquisa feita em arquivos de jornais, a entidade chegou a conclusão de que foram assassinados 256 homossexuais nos últimos dois anos. A Revista Veja fez uma apuração sobre cada um desses casos e constatou que a intolerância não foi a principal causa da morte, ao contrário do que sugere o movimento. Confira na tabela: 22 não eram homossexuais; 73 foram vítimas de crimes passionais, acidentes ou assaltos; 103 morreram por estar envolvidos com prostitutas; 58, ou 23% do total, foram mortas por intolerância ou ódio dos agressores contra gays¹²⁸.”

Através do conflito entre os dados apurados pela Revista Veja e pelo Grupo Gay da Bahia surge a dúvida: qual deles está correto? Questiona-se ainda se os dados fornecidos pela associação têm a intenção de inflar números para chamar a atenção para o problema. No entanto, há a certeza de que

¹²⁷FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22-23.

¹²⁸*Id. Ibid.*

homossexuais são mortos em nome da homofobia¹²⁹, e uma vida não é simplesmente um dado numérico, não se admitindo qualquer ofensa a este precioso e mais importante bem jurídico por conta de divergência de orientação sexual¹³⁰.

Ressaltam-se as palavras de Jurandir Freire Costa em razão da crueldade nas manifestações de preconceito¹³¹: “Crueldade é o ato ou desejo de fazer sofrer física e moralmente a si ou ao outro. Fazer mal ao outro, humilhando-o ou agredindo sua integridade corpórea indesejável ou hedionda, conforme o grau da ofensa, mas que pode ser facilmente aceita. Basta desumanizar o próximo. Basta acreditar que ele não é um sujeito moral como ‘nós’ para que a crueldade cometida não seja percebida em seu horror. Ao longo da história, o racismo, o preconceito sexual, a intolerância étnico-religiosa, a indiferença dos opulentos face aos miseráveis etc., mostram com que facilidade podemos desumanizar o ‘diferente’, o ‘inferior’, sem perder uma só noite de sono”.¹³²

Se comparado com outros países do mundo, numa lista de vinte e cinco nações sobre as quais há informações disponíveis, incluindo Irã, Arábia, Somália, Argentina, Peru e Colômbia, além dos principais países europeus, o Brasil ocupa o vergonhoso primeiro lugar, com mais de cem crimes homofóbicos por ano, seguido do México com trinta e cinco mortes anuais e dos Estados Unidos, com vinte e cinco, sendo que este país, além de ter cem milhões de habitantes a mais, dispõe de coleta rigorosa de estatísticas sobre “*hate*

¹²⁹HOMOFOBIA: rejeição ou aversão a homossexual e a homossexualidade. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=homofobia>>.

¹³⁰FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *op. cit.*, p. 23.

¹³¹Segundo Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, preconceito é: 1 - idéia, opinião ou sentimento desfavorável formado a priori, sem maior conhecimento, ponderação ou razão; 2 - atitude, sentimento ou parecer insensato, esp. de natureza hostil, assumido em conseqüência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou imposta pelo meio; intolerância. PRECONCEITO. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=preconceito>>.

¹³²Costa, Jurandir Freire, apud FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *op. cit.*, p. 25.

crimes”, ou seja, crimes de ódio, enquanto no Brasil tais dados dependem do limitado levantamento em jornais e Internet.¹³³

Em situações muito mais simples e cotidianas podemos apontar discriminação. Segundo pesquisa feita pela Unesco, quarenta e sete por cento (47%) dos jovens brasileiros de quinze a vinte nove anos não querem sequer morar ao lado de um homossexual. Entre homens, cinquenta e quatro por cento (54,2%) disseram que não gostariam de ter um vizinho homossexual, percentual que cai para quarenta por cento (40,1%) entre as mulheres.¹³⁴

Para que se tenha uma visão de até onde chega a discriminação¹³⁵, há alguns países que punem com pena de morte a prática homossexual, tais como o Afeganistão, Arábia Saudita, Iémen, Irã e Sudão. No Irã os condenados por sodomia podem sofrer amputações de pé e de mãos, entre outras punições. No Paquistão os homossexuais masculinos estão sujeitos à prisão perpétua; quanto a homossexualidade feminina a lei é omissa.¹³⁶ Segundo Maria Berenice Dias, mais de setenta países do mundo criminalizam a homossexualidade, inclusive o Chile, único dentre os países da América do Sul.¹³⁷

Países como a Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Bulgária e Eslovênia, localizados no leste europeu, descriminalizaram a prática homossexual entre adultos ao ingressarem no Conselho da Europa. A Romênia revogou a lei que permitia a condenação de homossexuais por até cinco anos, cedendo à pressão da União Européia.¹³⁸

¹³³GRUPO Gay da Bahia. Disponível em: <www.ggb.org.br>.

¹³⁴GÓIS, Antonio; TARDÁGUILA, Cristina. 47% dos jovens não querem vizinho gay. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 jul. 2006. p. C 6.

¹³⁵Segundo Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, discriminação é: 1 - tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância, preconceito; 2 - tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância, preconceito; 3 - ato que quebra o princípio de igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. DISCRIMINAÇÃO. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=discrimina%E7%E3o>.

¹³⁶DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 45.

¹³⁷*Id. Ibid.*

¹³⁸*Id. Ibid.*, p. 46.

No continente africano, na Namíbia, o presidente do país à época, em 1997, Sam Nujoma disse em discurso transmitido pela televisão que a Constituição Nacional não permite a homossexualidade e ordenou à polícia que prendesse e deportasse todos os homossexuais residentes no país, demonstrando-se a intolerância e a discriminação declarada pelo chefe do Poder Executivo daquele país.¹³⁹

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Célio Borja, afirmou, em síntese, que "a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional" (RTJ 119/465). A discriminação é a inimiga mortal da igualdade, que não foi acolhida nesta decisão e muito menos nos pensamentos das pessoas, principalmente daquelas que já sofreram na pele seus "efeitos colaterais".

Segundo Maria Berenice Dias, "os preconceitos sempre foram valores morais de extrema e subjetiva discussão nas sociedades políticas. Na ótica jurídica, é inconcebível reconhecer preconceitos na medida em que podem lesar a garantia constitucional da igualdade e da identidade pessoal. Convicções encharcadas de preconceitos não devem inibir que se encontrem soluções dentro do sistema jurídico."¹⁴⁰ Para a autora, o importante não é pregar a igualdade, e sim reconhecer e respeitar a diferença.

Qualquer forma de discriminação e preconceito afronta os direitos humanos e o pleno exercício da cidadania. Os intolerantes tomam como ataque a diversidade. No entanto, para vier em sociedade é preciso antes de tudo, limites, sem esquecer do respeito ao próximo.¹⁴¹

Para Flávia Piovesan, "discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar

¹³⁹DANDO bandeira. *Isto é*, São Paulo, ed. n. 1448, 02 jul. 1997.

¹⁴⁰DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 23.

¹⁴¹*Id. Ibid.*

ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.”¹⁴²

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso, XLI prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁴³. Diante desta previsão, não se admite atos atentatórios aos direitos individuais. Com a evolução da humanidade, o passar dos anos, a barreira do preconceito vêm cedendo espaço ao amor entre pessoas, independentemente de sua orientação sexual. A luta contra o preconceito tem se fortalecido e obtido êxito em seus entraves rotineiros. A cidadania passa a ser palavra de ordem, exigindo-se que uma sociedade que pretenda ser livre, justa e igualitária rechace todo e qualquer sinal de discriminação.¹⁴⁴

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, manifestou-se quanto a discriminação de homossexuais na produção de prova oral: “Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose da Costa Rica”.¹⁴⁵

O acórdão ainda faz menção de que não se fundamenta a diferenciação do homossexual por ser homossexual. A palavra do homossexual deve ser levada em conta como acontece com qualquer pessoa cuja vida sexual

¹⁴²PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 206.

¹⁴³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *cit*.

¹⁴⁴VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *O Liberal*, Belém, 22 maio 1999.

¹⁴⁵Recurso Especial nº 154.857 – DF.

se desenvolve conforme recomendações predominantes da sociedade. Diz ainda que “os Direitos Humanos buscam afastar, quando possível, as causas que a sociedade foi levada a distinguir pessoas, gerando a categoria de excluídos – vale dizer; marginalizados”.¹⁴⁶

2.2 A discriminação por orientação sexual

Não há como se negar a discriminação em razão de orientação sexual. Contudo, faz-se imprescindível reforçar que a sexualidade integra a condição humana, sendo um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o nascimento. Trata-se de um direito personalíssimo, natural, inalienável, imprescritível. O ser humano precisa ter assegurado o respeito à sua sexualidade, englobando-se tanto o aspecto da liberdade sexual como a liberdade de orientação sexual.¹⁴⁷

Trata-se de um direito personalíssimo que frui da interpretação da Constituição Federal, provendo a defesa da dignidade da pessoa diante dos poderes públicos. Na verdade, a Carta Magna de 1988 sempre teve a tendência de positivar novos direitos, fazendo-os ingressar no rol de liberdades públicas.

Segundo Carlos Alberto Bittar, a Constituição Federal trouxe novas figuras e novos mecanismo de garantias, através da aprovação da Declaração de Direitos Individuais (Título II, Capítulo I, art. 5º), ampliando o rol contemplado pela Constituição de 1967.

O novo texto trouxe proteção às liberdades e ao sigilo, além da preservação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, dentre outros.

¹⁴⁶Recurso Especial nº 154.857 – DF.

¹⁴⁷DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 73.

Os critérios de preservação da pessoa humana devem ser considerados no plano individual, bem como sua posição em sociedade. “No plano individual, esferas diferentes de bens integram a personalidade do ser, alguns insuscetíveis de atingimento pelo mundo exterior – em função de interesses maiores (como a vida e a honra) – outros, ao revés, passíveis de ingresso no comércio jurídico, dentro do direito de disposição exclusivo de seu titular (como a imagem, a criação intelectual). No âmbito da consideração social, outro grupo de bens componentes do patrimônio individual (como a reputação, a dignidade pessoal) merece o amparo jurídico, para efeito de evitarem-se turbações por parte de outras pessoas”.¹⁴⁸ Os homossexuais são detentores de todos os direitos arrolados no dispositivo constitucional, e como tal, merecem respeito, independentemente de sua orientação sexual. Qualquer ato discriminatório baseado no aspecto sexual atenta contra os direitos individuais, e desrespeita os direitos de personalidade, como a honra, a intimidade, a vida.

O alicerce da discriminação é o gênero, ou melhor, a preferência do indivíduo por pessoa de mesmo sexo. O termo orientação sexual indica qual o **gênero (masculino e feminino)** que uma pessoa se sente preferencialmente atraída fisicamente e/ou emocionalmente. A orientação sexual pode ser assexual, bissexual, heterossexual, homossexual, ou pansexual. Este último, menos conhecido entre as pessoas se refere à atração por diversos gêneros, quando se aceita a existência de mais de dois gêneros.

Para Roger Raupp Rios, “discutir a discriminação por orientação sexual é cuidar exatamente disso: em que situações a existência de distintos regimes jurídicos justifica-se pela identidade atribuída a alguém em virtude da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os

¹⁴⁸BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 63.

sexos (bissexualidade)”. Entende-se melhor aplicável a expressão ‘orientação sexual’ designando especificamente as discriminações ora estudadas são geradas em virtude dessa direção de desejo ou da conduta sexuais que identificam os homossexuais.¹⁴⁹

Atualmente, o termo orientação sexual é considerado mais adequado do que opção sexual ou preferência sexual. Isso porque opção significaria uma escolha, e não algo inerente à pessoa. Neste sentido, poder-se-ia optar, escolher desejar se relacionar com alguém do mesmo sexo ou não, não sendo um sentimento que aflorasse naturalmente, mas sim deliberadamente escolhido. Orientação sexual está compreendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo por pessoa, sendo homossexual aquele que tem conduta sexual direcionada para pessoa do mesmo sexo.¹⁵⁰

Para Caio Fernando Abreu, ”a homossexualidade não existe, nunca existiu, e sim a sexualidade, voltada para um objeto qualquer de desejo, que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe, mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade.”¹⁵¹

Contudo, apesar da discriminação dos homossexuais, a premissa é a aplicação do princípio da não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade¹⁵². Neste aspecto, ressalta-se ainda a pertinência dos tratados internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, visto que ambos consideram indevida a

¹⁴⁹RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

¹⁵⁰SOUZA, Francisco Loyola; LOPES, José Reinaldo de Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 44.

¹⁵¹ABREU, Caio Fernando. *Pequenas epifanias*. Porto Alegre: Sulina, 1996. p. 49.

¹⁵²SOUZA, Francisco Loyola; LOPES, José Reinaldo de Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. *op. cit.*, p. 50.

discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais¹⁵³.

Segundo estudos desenvolvidos pelo entomologista e zoólogo norte-americano Alfred Kinsey, em 1949, apenas dez por cento (10%) da população humana teria uma orientação homossexual. No entanto, muito se discute sobre estes números, pois haveria grande dificuldade na obtenção de dados críveis, visto que muitos homossexuais continuam a esconder a sua orientação sexual, além de ser difícil classificar e quantificar de forma científica o grau de homossexualidade/heterossexualidade de alguém, levando-se em consideração critérios como o sexo biológico, a identidade sexual, o papel social e a preferência afetiva¹⁵⁴. Para Kinsey, a homossexualidade não é uma doença, não podendo ser considerada característica hereditária e muito menos uma atitude consciente ou deliberada¹⁵⁵.

Há uma infundável discussão sobre se a homossexualidade seria ou não determinada geneticamente, se é resultado da educação ou do meio ambiente em que a pessoa é criada. Até o momento, os pesquisadores não chegaram a um consenso, exceto que não há uma única causa quanto ao que determina a orientação sexual.

O neurobiólogo Roges Goski, da Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos¹⁵⁶, fez experiências em laboratórios com ratos e seres humanos, ambos fêmeas, que receberam testosterona - o hormônio sexual masculino - ainda em fase intra-uterina e observou que, desde a primeira fase da vida, elas

¹⁵³SOUZA, Francisco Loyola; LOPES, José Reinaldo de Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁴KINSEY, Alfred. *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia: Saunders, 1948.

¹⁵⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 42.

¹⁵⁶Entrevista realizada por Jamierson Oliveira a Cláudia Aparecida Alves, consultora em bioética, mestre em Química Analítica e doutoranda em Física Aplicada e Biologia Molecular pela USP, publicada no site: CENTRO Apologético Cristão de Pesquisas. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/entrevista-claudia.htm>>.

tinham comportamentos masculinos, como gostos, brincadeiras mais agressivas além de sentirem-se mais atraídas por fêmeas¹⁵⁷.

O geneticista Dr. Dean Hamer, do Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos, sustenta a tese de que a homossexualidade tem determinação genética¹⁵⁸. Ele alega ter descoberto genes numa determinada região, os quais ele chamou de GAY-1, associados ao comportamento homossexual. Tal hipótese não teve muita credibilidade no meio científico norte americano.¹⁵⁹ É, controversialmente, para aqueles que se opõem à homossexualidade, uma tese que a coloca não como uma opção ou estilo de vida, mas como resultado de uma variação genética.

Glenn Wilson e Qazi Rahman, investigadores na área da psicologia e autores de *Born Gay: The Psychobiology of Sex Orientation*, concluem que há diferenças biológicas entre pessoas homossexuais e heterossexuais, e que estas não podem ser ignoradas. Estes investigadores estão dispostos a aceitar a teoria do "gene gay", mas complementam-na com a idéia de que alguns fetos masculinos com pré-disposição genética para a homossexualidade são incapazes de absorver corretamente a testosterona durante o seu processo de desenvolvimento, de modo que os circuitos neurocerebrais responsáveis pela atração em relação ao sexo oposto nunca se desenvolvem. Quanto a homossexualidade feminina, Rahman sustenta a hipótese de haver uma proteína no útero responsável pela proteção dos fetos femininos contra a exposição excessiva a hormônios masculinos que não atuam o suficiente cedo durante o processo de desenvolvimento.¹⁶⁰

¹⁵⁷LIMA, Raymundo. As polêmicas sobre a causa do homossexualismo. *Revista Espaço Acadêmico*, maio 2001. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/000/0ray.htm>>.

¹⁵⁸*Id. Ibid.*

¹⁵⁹Entrevista realizada por Jamierson Olveira a Cláudia Aparecida Alves, consultora em bioética, mestre em Química Analítica e doutoranda em Física Aplicada e Biologia Molecular pela USP, publicada no site: CENTRO Apologético Cristão de Pesquisas. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/entrevista-claudia.htm>>.

¹⁶⁰WILSON, Glen; RAHMAN, Qazi. *Born gay?: the psychobiology of sex orientation*. London: Peter Owen, 2005.

Contrários a essas argumentações biogenéticas sobre as causas da homossexualidade, estão os psicólogos e psicanalistas. Não negando que a base genética de nossas características humanas ou as tendências que temos de desenvolver algumas doenças, por exemplo, tem base genética, consideram a percepção da homossexualidade como um traço geneticamente determinado incorreta, procurando antes explicações associadas ao meio e educação dos indivíduos homossexuais.

Dr. Daryl Bem, psicólogo da Universidade de Cornell, nos EUA, desenvolve pesquisas sobre a importância da formação intra-familiar na pessoa homossexual¹⁶¹. Há que notar também as teorias de Sigmund Freud, fundador da psicanálise, quanto a homossexualidade. Segundo Freud, existem três fatores que parecem determinar a homossexualidade¹⁶². O primeiro fator - a homossexualidade teria início devido a uma forte e incomum ligação com a mãe, o que impediria essa pessoa de se relacionar afetivamente com outra mulher. O segundo - o narcisismo, que faz com que a pessoa tenha menos esforço ao se relacionar com pessoas do mesmo sexo, em vez de relacionar-se com o sexo oposto. E por fim, o terceiro, trata-se de uma atitude conformista com a sua psicosssexualidade. Freud, nos Três ensaios sobre a teoria da sexualidade, em 1905, criticou as teorias que caracterizavam a homossexualidade como perversão. Em resposta à carta da mãe de um homossexual, Freud afirmou: “Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. (...) A homossexualidade não traz, com certeza, qualquer benefício, mas não é nada que deva ser classificado como doença; consideramos que seja uma variação do desenvolvimento sexual”¹⁶³.

¹⁶¹ABSTRACTS of Recent Bem Articles. *Cornell University*. Disponível em: <http://dbem.ws/online_pubs.html>.

¹⁶²LIMA, Raymundo. *op. cit.*

¹⁶³Freud, Sigmund, Apud DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça, cit.*, p. 39.

Em março de 1999, o Conselho Federal de Psicologia no Brasil, declarou com a Resolução nº 001/99¹⁶⁴, trazendo a orientação de que é dever do psicólogo atuar segundo os princípios éticos da profissão, que ele deve promover a discussão sobre o preconceito e contribuir para o desaparecimento da discriminação e estigmatização do sujeito homoerótico¹⁶⁵, não devendo, dessa forma, exercer qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homossexuais e, por fim, que ele não se pronunciará publicamente de qualquer maneira que reforce os preconceitos sociais existentes. Ainda dentro deste aspecto, desde 1991, a Anistia Internacional considera violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade.¹⁶⁶

Existem diversas críticas às tentativas de explicações científicas para a homossexualidade, principalmente porque a maioria delas começa a ser desenvolvida ainda no Século XIX, quando se procuravam comprovações científicas para afirmar que determinadas características humanas tornariam um indivíduo superior a outro. Também, procurar interpretar a complexidade do comportamento humano com base no estudo do comportamento animal.

As principais organizações mundiais de saúde, incluindo as de psicologia, não mais consideram a homossexualidade uma doença. Desde 1973, a homossexualidade deixou de ser classificada como tal pela Associação Americana de Psiquiatria e, na mesma época, foi retirada do Código Internacional de Doenças (CID).¹⁶⁷ A Assembléia-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 17 de Maio de 1990, retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, declarando que "a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão" e que os psicólogos não colaborarão

¹⁶⁴DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 159.

¹⁶⁵COORDENAÇÃO de Políticas Públicas para a Livre Orientação Sexual. *Prefeitura de Porto Alegre. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana*. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smdhsu/default.php?p_secao=83>.

¹⁶⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. Saída para legalizar a união. *Clipping: Ministério do Planejamento*. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=136406>>.

¹⁶⁷DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 37.

com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade.¹⁶⁸

Em 1995, Código Internacional de Doenças (CID), em uma de suas revisões, determinou que o sufixo **ismo**, que significa doença, fosse substituído pelo sufixo **idade**, que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade não podia mais ser sustentada enquanto diagnóstico médico, por que os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual. A proibição da homossexualidade é considerada como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional desde 1991.¹⁶⁹

Apesar disso, existem técnicos da saúde que ainda vêem a homossexualidade como uma doença, perturbação ou desvio do desejo sexual algo que necessita de tratamento ou reabilitação, aos quais está associado o movimento ex-gay, dedicado à conversão de indivíduos homossexuais para a heterossexualidade.

Em pesquisa realizada há cerca de seis anos, a pesquisa Ibope atestou que quarenta e um por cento (41%) da população brasileira acreditava que “o homossexual já nasce assim”, ou seja, que haveria uma definição genética para o homossexualismo. No entanto, todas as pesquisas sérias sobre o assunto desautorizam esta afirmação. O cientista Michael Bailey, da Universidade Northwestern, pesquisador desta tese, admitiu não haver consistência científica para mantê-la¹⁷⁰. A tese mais aceita é a de que a orientação sexual é resultado de influências biológicas, psicológicas e socioculturais, sem peso maior para uma ou outra, conforme disse a psiquiatra

¹⁶⁸FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p. 23.

¹⁶⁹BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 43-46.

¹⁷⁰DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 38.

Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.¹⁷¹

No caso das pesquisas de ordem bioquímica e neurológica, existe o risco de alguns pesquisadores estarem, na verdade, procurando uma forma de "curar" tal comportamento - mapear o que gera o desejo homossexual para depois convertê-lo em desejo heterossexual.

Tal menção não se restringe aos meios científicos, visto que no Brasil o deputado federal Elimar Máximo Damasceno (Prona/SP) apresentou projeto de lei a favor do acompanhamento psicológico aos gays que querem voltar a serem heterossexuais. O referido deputado resgatou a Lei 4.119 aprovada em 1962, através do projeto de lei 5816 de 2005, que previa auxílio psicológico aos homossexuais que quisessem mudar sua opção sexual, e entrou com projeto de lei de mesmo teor na Câmara dos Deputados, o qual foi encaminhado para a Coordenação de Comissões Permanentes¹⁷². Para o deputado a pessoa não é homossexual, mas está homossexual. “Considero, ainda, ser direito humano dos que estão homossexuais, o acesso a esse tipo de auxílio psicológico, caso assim o desejem, pois só desta maneira será assegurado o respeito às diferenças no contexto dos diversos modos de subjetividade e da inclusão social” diz o projeto de lei.

Outro ponto contundente que ratifica a discriminação se refere a impossibilidade de doação de sangue por homossexuais. Pela resolução 153/2004, da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou parceiras destes” são inabilitados para a doação de sangue em um prazo de 12 meses antes da coleta. Entretanto, uma decisão judicial de 26/7/06 da Justiça Federal determinou a todos os hemocentros do país que não sejam feitos questionamentos que visem identificar a orientação sexual dos doadores durante a amnese. O Ministério

¹⁷¹EU Sou Gay! *Veja*, São Paulo, ed. 1636, 16 fev. 2000.

¹⁷²CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/335867.pdf>>.

Público Federal do Piauí ingressou com ação que classificava como discriminatória a resolução 153/2004 da ANVISA. Em sua decisão, o Juiz Márcio Fraga Magalhães declara discriminatório o conteúdo da resolução, e considera que os homossexuais e bissexuais estão legitimados a serem doadores de sangue. O Juiz estabeleceu prazo de trinta dias para que ordem seja cumprida, estabelecendo-se multa de R\$ 1.000,00 por dia de descumprimento.¹⁷³

Observa-se neste sentido, que os homossexuais continuam sendo vistos em algumas situações como grupo de risco, pois do contrário não haveria tal menção. O que garante a segurança do sangue a ser recebido são os exames laboratoriais detalhados, e não a orientação sexual do doador.

Outra situação discriminatória ocorreu na Índia, e foi notícia no mundo. O príncipe do país, Manvendrasinh Gohil, membro da ONG Lakshya Trust, que ampara a população homossexual portadora do vírus HIV, foi deserdado por sua família ao assumir publicamente sua homossexualidade.¹⁷⁴

Nos tribunais do país também se encontram decisões discriminatórias, que não reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem como os direitos decorrentes desta relação, como a decisão alhures do Tribunal de Justiça de São Paulo: “UNIÃO ESTÁVEL - Ação declaratória de Sociedade de Fato c.c. Indenização - Relação homossexual - Não reconhecimento - Pretensão de indenização que por vias transversas visa, reconhecida a sociedade de fato entre o recorrente e o "de cujus", atribuir parte do patrimônio deste ao apelante - Impossibilidade - Simples sociedade de afeto mantida entre parceiros do mesmo sexo que não induz efeitos patrimoniais - Ausência de prova a justificar a indenização reclamada e a normatização específica - Inadmissibilidade à hipótese da aplicação analógica das regras da Constituição Federal que regulam a união estável - Sucumbência corretamente

¹⁷³RONDON, José Eduardo. Juiz veda restrição para gay doar sangue. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 jul. 2006. Caderno C3.

¹⁷⁴PRÍNCIPE da Índia diz que é gay. *Isto é*, São Paulo, ed. n. 1915, 05 jul. 2006. p. 22.

fixada, por conta do provimento parcial dos pleitos deduzidos na exordial e correta aplicação da Súmula 306 do C. Superior Tribunal de Justiça, com relação a compensação da verba honorária - Recurso improvido (Apelação Cível com Revisão n. 402.384-4/7-00 - Comarca de São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Salles Rossi - J. 26.1.2006 - V.U. - Voto n. 2168)”.¹⁷⁵

Neste caso, o problema não está em não se reconhecer o direito ao patrimônio do parceiro, mas sim no motivo do não reconhecimento, que se pauta na impossibilidade de se reconhecer sociedade entre pessoas do mesmo sexo, bem como os direitos oriundos desta relação.

Esta decisão mencionada não é caso isolado. A decisão abaixo justifica a não concessão da guarda do filho menor à mãe, dentre outros motivos, pelo fato de ser homossexual: “MENOR - Guarda - Modificação - Inadmissibilidade - Menor que está vivendo sob os cuidados do pai há quase 3 anos, recebendo bons cuidados não só do genitor como também da avó paterna, sem problemas de relacionamento afetivo - Existência, ademais, de elementos nos autos que atribuem à mãe do menor relação homossexual com a amiga com quem mora - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 265.053-1 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Franciulli Netto - 20.08.96 - M.V.).¹⁷⁶

Algumas religiões reforçam o caldo cultural do preconceito e da inaceitação dos homossexuais. Como a maioria sustenta seu credo na Bíblia Sagrada, majoritadamente se opõe às relações homoafetivas, extraíndo deste texto que se trata de comportamento pecaminoso e imoral, contra a vontade de Deus. Um das passagens bíblicas mais utilizadas neste contexto se dá no livro de Gênesis 19, em que Sodoma é destruída por Deus pelos pecados de seus

¹⁷⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

¹⁷⁶TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

habitantes. A maioria dos estudiosos, autoridades religiosas e traduções do texto bíblico associam a queda de Sodoma com a prática de relações homossexuais, o que teria feito com que a cidade tivesse sido destruída.¹⁷⁷

Diante de tantas dificuldades, grupos e movimentos em prol dos homossexuais têm se fortalecido ao longo dos anos. A Parada Gay de São Paulo tem sido o maior símbolo desta solidificação. Em 17 de junho 2006, em sua décima edição, reuniu cerca de três milhões de pessoas, com o tema “Homofobia é Crime! Direitos Sexuais são Direitos Humanos”¹⁷⁸. Foi considerado o maior evento do mundo GLS (gays, lésbicas e simpatizantes)¹⁷⁹.

No final do século XIX, Oscar Wilde, escritor inglês, foi condenado a dois anos de trabalhos forçados por sodomia. Seu amante, o também escritor Alfred Bruce Douglas, marcou a designação da orientação sexual em seus versos: “O amor não ousa dizer seu nome”¹⁸⁰.

O homossexual passa por diversas dificuldades, dentre elas a de se descobrir e se identificar sexualmente. Precisa assumir para si, para os outros, para a família, amigos, para a sociedade, desprender-se dos dogmas religiosos sob os quais foi criado para se aceitar digno. Passará por um caminho de autodiscriminação, pois aprendeu que é errado gostar de alguém do mesmo sexo¹⁸¹. Será discriminado por uma sociedade homofóbica, mas que aos poucos tem aberto sua mente para a diversidade.

¹⁷⁷BÍBLIA Sagrada. (AT). Tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. p. 21.

¹⁷⁸ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO GLBT DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.paradasp.org.br/modules/articles/article.php?id=6>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

¹⁷⁹MUNIZ, Diógenes. Parada gay surpreende e bate novo recorde. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u61505.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

¹⁸⁰DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 43.

¹⁸¹Stubrin, Jaime P., A psicanálise e as homossexualidades, *apud* DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 42.

3 IGUALDADE E DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

3.1 Os direitos dos homossexuais

Em razão da ausência de leis tratando especificamente do tema da homossexualidade, e ainda, havendo exclusão dos homossexuais das regras gerais, há grande desamparo nesta seara.

Atualmente, há projetos de lei pretendendo estabelecer regras específicas para concretizar os direitos dos homossexuais. Contudo, ainda se anda a passos lentos, e pouco já foi incorporado ao patrimônio jurídico nacional.

Ainda há muita resistência de se enquadrar os homossexuais em situações cotidianas de casais heterossexuais, dificultado o desfrutar de pequenos deleites, como estabelecer, com amparo legal, um casamento, e a partir daí, constituir família com reconhecimento jurídico.

Segundo Ricardo Fiúza “o Estado não tem o direito de tutelar os sentimentos e as relações íntimas dos indivíduos. A abordagem legislativa da família tem de ser clara no estabelecimento de princípios e na definição de institutos e seus conteúdos, sem, contudo, apresentar fórmulas herméticas que desconheçam a dinâmica social”.¹⁸²

No mesmo sentido, as autoras Maria Cláudia Crespo Brauner e Taysa Schiocchet: "O desafio lançado ao novo Direito de Família consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares e respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes,

¹⁸²FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos."¹⁸³

A união entre homossexuais ainda não foi regulamentada no país. Há o projeto de lei n.º 1.151/1995, da então deputada Marta Suplicy, visando assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil, conforme trata o artigo 1º¹⁸⁴. Segundo o projeto de lei, a parceria civil deve ser registrada em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. No entanto, o projeto foi retirado de pauta em 31/5/2001, encontrando-se paralizado desde então.¹⁸⁵

Interessante ressaltar que o projeto de lei traz em seu texto a declaração do bem de família para o casal homossexual, pois prevê que o bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990. Atualmente, não há qualquer previsão que assegure os casais homossexuais.

Em seus artigos 16 e 17, o projeto de lei se mostrou de grande utilidade social, prevendo no artigo 16 a composição de rendas para aquisição de casa própria, bem como reconhecimento do direito a planos de saúde e seguro de grupo; no artigo 17, autoriza-se a inscrição um do outro como dependentes, com efeitos na legislação tributária, inclusive deduções, que atualmente não são aceitas.

Sob a ótica constitucional, o princípio da igualdade se tornou o maior esteio ao de defender os direitos dos homossexuais, pois não há qualquer

¹⁸³BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. O reconhecimento Jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3).

¹⁸⁴DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 101-102.

¹⁸⁵CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e outras Proposições. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

resguardo jurídico específico. Há proposta de emenda à Constituição Federal da deputada já citada, Marta Suplicy, para inserir no artigo 3º, IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, já protegidos a origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pretendendo-se inserir orientação sexual. Além disso, o projeto de emenda constitucional pretende inserir no artigo 7, XXX, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de orientação sexual.

A idéia não é nova. Quando da elaboração da Constituição de 1988, a subcomissão dos Negros, Populações Indígenas e Pessoas Portadoras de Deficiência do Congresso Constituinte aprovou em 25 de maio de 1987, através do artigo 2º, parágrafo primeiro, que “ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social”.

Com o argumento de "enxugar" o texto constitucional, o deputado Bernardo Cabral, então relator da Comissão de Sistematização, retirou a expressão orientação sexual daquela redação.

Na revisão constitucional de 1993, o deputado Fábio Feldmann apresentou a proposta de emenda constitucional PRE 006951-4. Esta emenda visava modificar o inciso XXX do art. 7º, que trazia a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, idade, cor ou estado civil”. Contudo, a matéria sequer chegou a ser apreciada pelo Congresso Nacional.

Incrível imaginar que o dispositivo constitucional sobre "orientação sexual" já consta da legislação de vários países, tendo como exemplo marcante a iniciativa da África do Sul, um país que viveu séculos de discriminação racial, através de um regime ditatorial, que incluiu em sua Primeira Constituição (1993) esse artigo.

Não obstante a ausência de positivação dos direitos dos homossexuais, inclusive o Direito do Trabalho, e a aspiração de se incluir a proibição de discriminação nas relações de trabalho em razão de orientação sexual, conforme prevê o projeto de lei n.º 1.151/95, há a chance de se pleitear indenização por danos morais e materiais caso ocorram atos discriminatórios. Como a Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei, aquele que sofrer dano pode se valer do Poder Judiciário para solucionar a lide.¹⁸⁶

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo já decidiu desta forma, acolhendo o pedido de dano moral em razão de discriminação por orientação sexual, como mostra o acórdão 20050694159¹⁸⁷: “OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. In casu, não restam dúvidas de que a ré lesou a honra do recorrido, pois ainda que a dispensa tenha se dado sob o manto de imotivada, em verdade, não passou de uma atitude totalmente arbitrária. O preconceito sexual de seus prepostos violou o disposto no inciso IV, do artigo 3º da Carta Magna, a merecer indenização por dano moral. Com efeito, não se pode negar que a dispensa de um trabalhador constitui em direito subjetivo do empregador que, a qualquer momento, e pagando-lhe os direitos correlatos, pode por fim ao liame empregatício mantido entre as partes. Contudo, não pode valer-se de seu poder potestativo para praticar atos discriminatórios como os descritos nos autos em epígrafe, causando gravame ao empregado, em seus direitos personalíssimos. Discriminar o que se convencionou fora dos "padrões normais" é comum em nossa sociedade (aliás, afirmar o contrário seria hipocrisia!), não obstante nos dias de hoje, as atitudes não sejam tão ostensivas como no passado. Contudo, não há como o Poder Judiciário tolerar abusos dessa ordem e o legislador não pode mais manter-se insensível à necessidade de regulamentação da matéria em comento. O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra

¹⁸⁶ AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos dos homossexuais e transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003. p. 91.

¹⁸⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/>>.

pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação”.¹⁸⁸

O Código Civil, que entrou em vigor em 2003, apesar de recente não fez menção às uniões homossexuais. Não prevê entre os impedimentos do casamento a identidade sexual das partes, e limita-se a afirmar que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal.¹⁸⁹

O Projeto de lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza¹⁹⁰, encaminhado à Câmara dos Deputados com objetivo de alterar o Código Civil, prevê o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto de lei sugere que seja acrescido o artigo 1.727-A ao Código Civil.¹⁹¹

Observa-se que apesar da omissão no âmbito do sistema jurídico quanto às questões homossexuais, a Constituição Federal trata da igualdade, e neste sentido, equipara-se toda e qualquer pessoa detentora de direitos e obrigações, independentemente da orientação sexual.¹⁹²

Os casais heterossexuais têm direito ao casamento e ao reconhecimento da união estável, conforme dispõe o artigo 1723, do Código Civil¹⁹³. Os casais homossexuais não. Contudo, esquece-se de falar que o

¹⁸⁸TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/>>.

¹⁸⁹Segundo previsão do artigo 1.514, do Código Civil.

¹⁹⁰DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 68.

¹⁹¹O artigo 1.727-A, do Código Civil, caso seja aprovado, seguirá com a seguinte redação: “As disposições contidas nos artigos anteriores (arts. 1.723 a 1.727 – que regulamentam a união estável) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes”.

¹⁹²Segundo o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, “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...”

¹⁹³Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

propósito da união e de formar um casal é único, tanto para homossexuais quanto para os heterossexuais: celebrar o amor. A lei ainda prevê que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, segundo disposto no artigo 1.727, do Código Civil¹⁹⁴, não tecendo qualquer menção quanto aos homossexuais.

Segundo Maria Berenice Dias, “nas ações em que é buscado o reconhecimento de direitos decorrentes de uniões homoafetivas, independentemente do nome dado à ação ou do que é pleiteado em juízo, a causa de pedir é a existência de um vínculo afetivo. Porém, a quase unanimidade dos julgados reconhece tão-só uma sociedade de fato, exclusivamente de ordem obrigacional, e não uma união estável no âmbito do Direito das Famílias¹⁹⁵”.

É preciso conceber a idéia de que um casal homossexual também forma uma entidade familiar. Segundo Maria Berenice Dias, “a cultura do início do século passado levou o legislador a emprestar juridicidade apenas ao relacionamento matrimonializado, como uma verdadeira instituição geradora de um vínculo indissolúvel. Além de se omitir em regular relações extramatrimoniais, rejeitou a possibilidade de extrair conseqüências jurídicas de qualquer outro vínculo afetivo”.¹⁹⁶ Tal circunstância admitia apenas a família oriunda do casamento formalizado. Qualquer outra situação era ilegítima e espúria.

Diante dos novos modelos de família rejeita-se a condição da família legítima oriunda do casamento civil. A função de procriação cai por terra e dá lugar à comunhão de interesses, ao afeto, ao amor, à cumplicidade do

¹⁹⁴DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 88.

¹⁹⁵*Id. Ibid.*

¹⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 88.

casal e ao sexo recreativo.¹⁹⁷ Dentro deste aspecto, as relações homoafetivas se enquadram perfeitamente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a ter uma atenção especial do Estado, conforme prevê o artigo 226¹⁹⁸. Não apenas a família advinda do casamento, mas também a formada pela união estável e pelo vínculo monoparental. Apesar de não se tratar da melhor conceituação de família, a Constituição Federal menciona a que se origina do vínculo formal (casamento), a decorrente da convivência (união estável) e no artigo 226, parágrafo 4º, trata da família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹⁹⁹.

O artigo 226 não conceituou família, e sequer excluiu outras modalidades de família que não as descritas na lei, o que denota o raciocínio de que o rol não é “*numerus clausus*”. Como a norma é auto-aplicável, só seria possível a proibição de algum tipo de instituição familiar se a norma infraconstitucional impusesse tal medida, o que não ocorreu. As formas descritas nos parágrafos 3º e 4º são apenas exemplificativas²⁰⁰. Ressalta-se que o Código Civil de 1916 não definiu o que é família, tendo tal omissão permanecido no Código Civil de 2002.

Segundo a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no exame da ADI 3.300-DF²⁰¹, a primeira do referido tribunal neste sentido, a união homossexual deve ser reconhecida como uma entidade familiar e não apenas como “sociedade de fato”, regendo-se o assunto não pelo Direito das Obrigações, e sim pelo Direito de Família. O ministro extinguiu o processo por razões de ordem técnica — a ADI atacou norma legal já revogada;

¹⁹⁷DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit.

¹⁹⁸Art. 226, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

¹⁹⁹FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁰ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Porto Alegre, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

²⁰¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Méd. Caut. Em ação Direta de Inconstitucionalidade 3.300-0 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf>>.

mas expendeu considerações sobre o que ele próprio afirmou ser uma “relevantíssima questão constitucional”, entendendo que se impõe ao STF discutir e julgar, em novo processo, o tema pertinente ao reconhecimento da legitimidade constitucional das uniões homoafetivas e de sua qualificação como “entidade familiar”. Não obstante esta decisão, o Ministro chegou a indicar o instrumento correto para que a questão volte ao Supremo: a ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.²⁰²

Costumeiramente os litígios envolvendo casais homossexuais são resolvidos nas varas cíveis das comarcas, e não nas varas de família; postura combatida pelos defensores do reconhecimento da entidade familiar formada através de relação homoafetiva. Esta postura discriminatória pode ser confirmada: “A união homossexual, por não ter respaldo no Direito de Família, não gera efeito dele decorrentes, como direito a alimentos, ao patronímico e à sucessão (ressalvada a hipótese de existência de testamento), conquanto surtam efeitos de outra sorte (RT 807/96)”.

Há que se considerar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da afetividade jurídica para que não se exclua a união homossexual dentre as instituições que configuram entidades familiares, haja vista que tais relações estabelecem vínculo de afeto, respeito e auxílio mútuo, comportando-se como qualquer casal heterossexual.²⁰³ “Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável,

²⁰² Ementa: União Civil Entre Pessoas Do Mesmo Sexo. Alta Relevância Social E Jurídico-Constitucional Da Questão Pertinente Às Uniões Homoafetivas. Pretendida Qualificação De Tais Uniões Como Entidades Familiares. Doutrina. Alegada Inconstitucionalidade Do Art. 1º Da Lei Nº 9.278/96. Norma Legal Derrogada Pela Superveniência Do Art. 1.723 Do Novo Código Civil (2002), Que Não Foi Objeto De Impugnação Nesta Sede De Controle Abstrato. Inviabilidade, Por Tal Razão, Da Ação Direta. Impossibilidade Jurídica, De Outro Lado, De Se Proceder À Fiscalização Normativa Abstrata De Normas Constitucionais Originárias (Cf, Art. 226, § 3º, No Caso). Doutrina. Jurisprudência (Stf). Necessidade, Contudo, De Se Discutir O Tema Das Uniões Estáveis Homoafetivas, Inclusive Para Efeito De Sua Subsunção Ao Conceito De Entidade Familiar: Matéria A Ser Veiculada Em Sede De Adpf? (Med. Caut. Em Ação Direta De Inconstitucionalidade 3.300-0 Distrito Federal, Rel. Ministro Celso De Melo).

²⁰³ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *op. cit.*

sem impedimentos, livre, mediante comunhão da vida e de forma pública e notória na comunidade social independe da orientação sexual de cada um”.²⁰⁴

As decisões desbravadoras e desprovidas de preconceito abrem as portas para o reconhecimento da união estável entre homossexuais. Mas ainda não absolutas, como nesta decisão em que não se reconhece a união homoafetiva como união estável, afastando o reconhecimento de entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo: “Civil e Processual Civil. Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende à união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há de se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desprovimento do recurso. (2005.001.28033 - Apelação Cível, des. Renato Simoni, julg. 9/3/2006, Nona Câmara Cível)”.²⁰⁵ No corpo do acórdão o relator traz uma passagem dizendo que “a primeira condição que se impõe à existência de união estável é a dualidade de sexo”, desprezando a condição de união estável das relações homoafetivas, e as declarando sociedade de fato.

Apesar da omissão constitucional quanto à família formada por casais homossexuais, o Senador Sérgio Cabral apresentou à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado uma proposta de emenda à Constituição Federal, nº. 70/2003, que pretende alterar o disposto no artigo 226, parágrafo 3º, incluindo-se os casais homossexuais como entidade familiar reconhecida pelo Estado passando a ter a seguinte redação: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão

²⁰⁴FUGIE, Érica Harumi. União homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do artigo 226, par. 3º, da CF? *Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre*, v. 4, n. 5, p. 131-150, out./dez. 2002.

²⁰⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>.

em casamento quando existente entre homem e mulher”. Observa-se que o texto exclui a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, limitando-a a casais heterossexuais.²⁰⁶ No entanto, através do Requerimento nº. 1.023, de 2006, o Senador Sérgio Cabral, solicitou a retirada, em caráter definitivo, da matéria de tramitação da PEC 70/2003, nos termos do inciso I do § 2º do art. 256 do Regimento Interno, com a redação dada pela Resolução nº. 35, de 2006. A Proposta de Emenda à Constituição nº. 70, de 2003, está arquivada desde 20 de outubro de 2006²⁰⁷. Segundo notícias veiculadas na imprensa em tempos de eleição, em outubro de 2006, houve um acordo entre os senadores Marcelo Crivella e Sérgio Cabral. O primeiro, integrante da bancada evangélica do Senado Federal, condicionou seu apoio a Sérgio Cabral no segundo turno das eleições ao governo do Rio de Janeiro de 2006 à retirada do projeto da emenda constitucional 70/2003, tendo sido atendido.²⁰⁸

Na verdade, o Código Civil não foi apenas omissivo quanto ao conceito de família, não tendo sequer tratado da união entre pessoas do mesmo sexo.²⁰⁹ Miguel Reale, relator do projeto, ao receber críticas diante desta omissão as rebate, chamando-as de apressadas e absolutamente sem sentido.²¹⁰ Sustenta que esta atribuição é do Direito Constitucional, e não do Direito Civil, pois foi a Constituição que criou a união estável entre homens e mulheres. Portanto, para tratar da união estável entre homossexuais seria preciso primeiro

²⁰⁶FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*

²⁰⁷SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=61093>.

²⁰⁸CABRAL atende Crivella sobre união homossexual. *Clipping*: Ministério do Planejamento. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=308784>>.

²⁰⁹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça, cit.*, p. 98.

²¹⁰Disse Miguel Reale: “A união homossexual só pode ser discutida depois de alterada a Constituição. Há quem diga que o Código é atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria”

mudar a Constituição Federal. Concluiu sua análise dizendo que esta tarefa não lhe era cabível, bem como ao Senado Federal.²¹¹

Pelo exposto no artigo 226, da Constituição Federal, em seus parágrafos 3º²¹² e 5º²¹³, reconhece-se o casamento apenas entre homem e mulher. A visão dos referidos artigos exige a diversidade de sexo entre os parceiros. Orlando Gomes corrobora esta premissa, sustentando que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível, além do que é repugnante cogitar a possibilidade de casamento entre duas mulheres ou dois homens, fato que beira a insanidade²¹⁴.

Para Maria Berenice Dias “se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito, com o objetivo de construir um lar, esse vínculo, independentemente do sexo do casal, gera direito e obrigações que não podem ficar à margem da lei²¹⁵”.

A família moderna é o resultado de uma ligação afetiva, não se tratando de uma unidade de produção ou sociedade política, segundo Taísa Ribeiro Fernandes²¹⁶. A família não é invenção do Estado ou da lei. Trata-se de um bem cultural criado pela sociedade, e que tem se modificado com o passar dos tempos. Não se pode prender a idéia apenas ao modelo tradicional de família, excluindo-se aquelas que não estão no padrão e desclassificando-as diante da diversidade.

A nova visão de família construída ao longo dos tempos pode ser identificada na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira: “Fala-se de sua

²¹¹REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, p.61-73, jan./jun. 2001.

²¹²Art. 226, § 3º, da Constituição Federal - “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²¹³Art. 226, § 5º, da Constituição Federal - “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

²¹⁴GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²¹⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 78.

²¹⁶FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 51.

desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas residências, e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede seu prestígio social e econômico, cultivando nos seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam”.²¹⁷

Desse modo, cabe no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal que família, no sentido amplo, pode ser aquela fundada no casamento, na união estável, incluindo-se a família monoparental e todas aquelas advindas de qualquer forma de união, como as homossexuais.²¹⁸

“Considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade, deixando de ser marginalizadas”, segundo Maria Berenice Dias.²¹⁹ As uniões homossexuais são entidades familiares, e o princípio da igualdade do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, mais uma vez invocado, sustenta esta proteção.

A jurisprudência já decidiu de forma favorável aos casais homossexuais, conferindo às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento equivalente aos que o ordenamento jurídico dá às uniões heterossexuais: “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que,

²¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5.

²¹⁸FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 47

²¹⁹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 22-23.

enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chave”. (Acórdão 70009550070, j.em 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias).²²⁰

No mesmo sentido de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o julgado: “Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo

²²⁰DIAS, Maria Berenice. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 59-73, jan./abr. 2006.

existente entre as crianças e as adotantes”. (Apelação Cível 70013801592, TJRS, 7ª Câmara Cível, rel. Maria Berenice Dias)²²¹.

Maria Berenice Dias observa que “o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidade familiar segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do século XIX no Direito Francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato²²²”.

Os julgados supracitados têm reconhecido a entidade familiar formada por casal homossexual, estendendo-se a estes o direito de adotar, natural dentro da concepção de família completa, com pais e filhos, apesar de disposto no artigo 1.622, do Código Civil: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável²²³”.

No entanto, A Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte dos estrangeiros”.

O instituto da adoção é regulado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Quando se trata de menor de idade, prepondera-se

²²¹DIAS, Maria Berenice. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, cit., p. 59-73.

²²²*Id.*, loc. cit.

²²³Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

este último. A questão é: É possível a adoção por uma família homossexual bipolar? A lei não traz impedimentos expressos, mas também não regulamentou e sequer positivou tal circunstância.²²⁴ A jurisprudência tem dito que sim, apesar da omissão do ordenamento jurídico neste sentido.²²⁵

As sociedades humanas, atualmente, não estão fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. “Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação”.²²⁶

Segundo o artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente²²⁷ “podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil”.

A adoção, segundo Clóvis Beviláqua, “é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.²²⁸ Para Pontes de Miranda, a “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”.²²⁹ Observe-se que, ainda que sejam doutrinadores clássicos, não indicaram a relação entre homem e mulher como base da adoção.

Na Holanda, casais homossexuais são autorizados por lei a adotarem crianças, colocando-se os interesses do menor como prioridade. Em Portugal, não se permite a adoção por casais homossexuais.²³⁰

²²⁴AMARAL, Sylvia Mendonça do. *op. cit.*, p. 79.

²²⁵SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

²²⁶HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexões sobre os novos modos de procriação. *Estudos Feministas*, ano 8, p. 98, 1º sem. 2000.

²²⁷Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

²²⁸Beviláqua, Clóvis. Apud MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual prático de direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43.

²²⁹Apud MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. *op. cit.*

²³⁰FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 109.

Segundo Maria Berenice Dias, “havendo a convivência familiar, a negativa da adoção veda a possibilidade do surgimento de um vínculo jurídico do filho com quem desempenha o papel de pai, o que, ao invés de benefícios, só acarreta prejuízos. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação impede, em caso de morte, a percepção de direitos sucessórios ou benefícios previdenciários. Se ocorrer a separação, não haverá alimentos, não se podendo garantir sequer o direito de visita”.²³¹

Não há que se fazer confusão entre a manutenção de uma relação homoafetiva com promiscuidade. Vislumbra-se que a criança seja adotada por pessoas capazes, que lhes dê carinho, atenção, que vivam de forma respeitosa e preserve sua dignidade. Não se pode dizer que alguém criado por homossexuais será mal tratado ou que tal condição lhe trará prejuízo psicológico. É preciso abandonar preconceitos e atitudes desprovidas de base científica, priorizando-se a condição da criança.²³²

Para Taísa Ribeiro Fernandes, “a possibilidade de um casal adotar vem sendo combatida com força e vigor. Não que os parceiros homossexuais não possam ser bons e amorosos pais. Alega-se que o problema é de identificação da criança ou adolescente que vê em dois homens ou duas mulheres as figuras de pai e de mãe, o que pode gerar problemas de grande profundidade. Sustentam que entre o direito dos parceiros homossexuais em adotar e a confusão que isto pode gerar na mente, na formação de um menor, é este que precisa – e mais – ser amparado e protegido”.²³³

Para Edileuza Gobbo, “a inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos

²³¹DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 124.

²³²Id. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, cit., p. 59-73.

²³³FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 110.

pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante”.²³⁴

Segundo Marcos Rolim “temos no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas, foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais

²³⁴GOBBO, Edileuza. A adoção por casais homossexuais. *Revista Consulex*, n. 47, 2002.

com base numa pergunta: - ‘Que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?’²³⁵

Ao que se observa, o mais importante é coadunar os interesses da criança com o objetivo do adotante, seja heterossexual ou homossexual. O que vale é o perfil do adotante, bom ou não, pessoa idônea, responsável, independentemente de sua orientação sexual.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou sentença de primeiro grau que deferiu a adoção a homossexual, analisando que o caso em questão “atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade”.²³⁶

Não se deve esquecer que os homossexuais podem ter filhos biológicos, e além disso, com o avanço da medicina, a concepção é possível sem ato sexual. Mais uma vez se reforça que o amor é base da criação. Gerar um filho biológico e criá-lo não o faz melhor nem pior que o adotado. E o adotado por um heterossexual não será melhor ou pior do que aquele que o for por um homossexual. Volta-se o olhar à estrutura emocional e ao comportamento sócio-ético-moral dos adotantes, sendo irrelevante sua orientação sexual.²³⁷

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, baseado na capacidade do casal homossexual adotar e tratar com dignidade uma criança, dentro dos moldes esperados de pais que pretendem o bem de seus filhos, decidiu favoravelmente quanto à adoção: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os

²³⁵ROLIM, Marcos. Casais homossexuais e adoção. Disponível em: <<http://www.roli.com.br/cronic162.htm>>.

²³⁶Apelação cível 14.332/98, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Miranda Magalhães.

²³⁷SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *op. cit.*, p. 99-123.

estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)”.²³⁸

Segundo Françoise Heritier, “não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação sociamente definida. Todas consagram a primazia social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação”.²³⁹

Verifica-se, portanto, que é possível a constituição de vínculo legal de paternidade entre uma criança ou adolescente e duas mães ou dois pais. O registro de nascimento onde conste o nome de duas mulheres ou dois homens pode se opor à práxis dos cartórios, fugindo ao convencional; contudo, não afronta o ordenamento jurídico pátrio. Havendo a adoção, o nome dos adotantes deverá constar nos documentos do adotado, contemplando-se o nome dos genitores do mesmo sexo, refletindo a realidade sócio-afetiva na qual a criança está inserida de fato.²⁴⁰ A Lei de Registros Públicos não proíbe ou prevê tal

²³⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>.

²³⁹DIAS, Maria Berenice. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, cit., p. 59-73.

²⁴⁰SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *op. cit.*, p. 99-123.

medida, trazendo aspectos meramente formais.²⁴¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a inscrição do nome dos adotantes como pais, bem como dos ascendentes, devendo ser efetuada tal medida em qualquer tipo de adoção, sem distinção. O vínculo da adoção se dará por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, nos termos do artigo 47, do mesmo estatuto.²⁴²

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu de maneira favorável quanto à adoção de um menor por uma homossexual solteira: “ADOÇÃO - Pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural - Possibilidade - Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual - Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 51.111-0 - Taubaté - Câmara Especial - Relator: Oetterer Guedes - 11.11.99 - V.U.)”.²⁴³

Segundo consta no acórdão nº. 70012836755, da 7ª Câmara Cível de Porto Alegre/RS, relatado pela Desembargadora Maria Berenice Dias, “a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência”.

Na maioria das vezes se esquece que o que une as pessoas é o afeto, o amor, seja homossexual ou heterossexual. Para Maria Berenice Dias, “o

²⁴¹Lei 6.015/73 – Lei de Registros Públicos.

²⁴²Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

²⁴³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites. O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela da felicidade que só se realiza no outro”.²⁴⁴

A humanização da visão jurídica, descrita pelo acórdão supracitado, demonstra que apesar da ausência de dispositivo legal, os tribunais não têm se furtado ao julgamento do caso concreto, e o melhor, alguns possuem membros que desvendam a alma humana sem se prender a preconceitos.

Apesar deste posicionamento do Tribunal do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça em decisão recente²⁴⁵ determinou que a separação de casal homossexual deve ser decidida em vara cível e não em de família. O entendimento é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, ministro Barros Monteiro. Os ministros analisaram recurso do Ministério Público Estadual contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.²⁴⁶

O Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu que a ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio movida por uma mulher e sua ex-companheira era de competência da Vara de Família. Com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o caso agora deverá ser julgado em uma das varas cíveis da comarca de Porto Alegre e não pela Quinta Vara de Família e Sucessões. Para o TJ-RS, "em se tratando de situações envolvendo relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais". O Ministério Público disse em sua cota sobre o referido recurso que o acórdão do tribunal estadual não podia equiparar a sociedade de fato entre homossexuais à união estável porque, para tanto, "é necessária relação

²⁴⁴DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 39.

²⁴⁵Resp 323.370.

²⁴⁶FIM de romance. Separação de homossexuais deve ser decidida em vara cível. *Consultor Jurídico*, 16 dez. 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/31891,1>>.

duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher", tendo o Tribunal Superior validado a posição mencionada²⁴⁷. Para o relator, o processo analisado não é uma união estável - perante um homem e uma mulher - "mas uma relação homossexual em que o afeto havido durante o período de convivência não constitui aspecto decisivo para o deslinde da causa". O que se pretende é o fim da sociedade de fato e a divisão dos bens, cabendo assim a uma das varas cíveis da comarca de Porto Alegre julgar a causa.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, a jurisprudência continua a entender que a matéria afeta as relações homoafetivas, não são de competência da Vara da Família: “UNIÃO ESTÁVEL - Homossexual - Competência do Juízo Cível para processamento da ação de reconhecimento de sociedade patrimonial de fato - Recurso não provido. JTJ - 293/419”.²⁴⁸

Como resultado da impossibilidade de unir legalmente ao parceiro, o homossexual não tem direito de adotar o patronímico do companheiro²⁴⁹, diante da omissão e a previsão heterossexual do casamento.

As discrepâncias continuam: homossexuais não podem somar renda com seu parceiro para se valer de financiamentos, nem para a locação de imóvel. Não podem declarar seu companheiro como dependente para efeitos de imposto de renda, plano de saúde, programas sociais vinculados à família, previdência social.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a dependência entre os parceiros homossexuais para benefício de plano de saúde, em processo em que se discutiu a possibilidade de inclusão de parceiro como dependente em plano

²⁴⁷Resp 323.370.

²⁴⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudencia%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

²⁴⁹Segundo artigo 1.565, do Código Civil: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

de saúde privado: “PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta”. (REsp 238715 /RS, rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, 07/03/2006).²⁵⁰

Sob a égide do direito patrimonial, a jurisprudência tem reconhecido efeitos jurídicos às relações homoafetivas no campo do Direito das Obrigações, em situação similar daqueles que viviam em concubinato puro no período anterior à Constituição Federal de 1988, reportando-se assim aos bens adquiridos durante a convivência pelo esforço comum.²⁵¹ O silêncio legislativo faz com que os tribunais sejam a única alternativa aos homossexuais para que busquem direitos recorrentes aos heterossexuais.

Adicionado ao rol de omissão legal quanto ao patrimônio em relações homoafetivas, os homossexuais não têm direito a herança ou a meação, em caso de separação do casal. Não há atribuição de direito sucessório ao parceiro homossexual sobrevivente, não estando este incluído na ordem de

²⁵⁰SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>.

²⁵¹FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 87.

vocação hereditária.²⁵² Para solução deste conflito, os tribunais têm se utilizado da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal²⁵³ para resolver questões patrimoniais entre casais homossexuais quando a relação se extingue por morte ou outra circunstância, e o patrimônio adquirido advém de esforço comum dos que viviam juntos maritalmente e precisa ser partilhado²⁵⁴.

No caso da meação, sustenta-se o pedido no artigo 884, do Código Civil, que trata do enriquecimento sem causa: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. O parceiro que fica com os bens cuja aquisição se deve ao esforço comum, locupleta-se indevidamente. Pelo princípio da equidade, o prejudicado pode se valer de ação para requerer a divisão do patrimônio.²⁵⁵

Apesar deste avanço, as decisões continuam a se pautar na sociedade de fato do casal homossexual: “Sociedade de Fato – Homossexuais – Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos do artigo 1.363 do Código Civil Brasileiro²⁵⁶” (STJ – Recurso Especial 148.897 – MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 10.02.1998).²⁵⁷

Em caso de morte de um dos companheiros o outro não está incluído pela lei na ordem sucessória.²⁵⁸ Em não havendo parentes, corre-se o risco de que os bens sejam destinados ao Estado,²⁵⁹ após a declaração da

²⁵²No termos do artigo 1.790, do Código Civil.

²⁵³Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

²⁵⁴FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 87.

²⁵⁵*Id. Ibid.*

²⁵⁶Previsão do Código Civil de 1916, vigente à época do acórdão.

²⁵⁷SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700661245&data=06/04/1998>>.

²⁵⁸FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 82.

²⁵⁹Segundo o artigo 1.844, do Código Civil.

vacância da herança.²⁶⁰ Como no Brasil não há costume de se fazer testamento, o que solucionaria a questão sob aspecto de se deixar bens a que se deseja, estes problemas são freqüentes.

A primeira decisão que atribuiu direitos sucessórios advindo de uma relação homossexual foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 14 de março de 2001, tendo como relator o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis.²⁶¹ Nesta decisão, determinou-se a divisão igualitária do patrimônio concedendo-se a meação ao parceiro sobrevivente e a herança à filha adotada pelo *de cuius* durante o relacionamento de trinta anos, perdurando até a morte do companheiro. Entretanto, no referido acórdão²⁶² não se reconheceu a existência de união estável entre o casal homossexual, tendo sido invocado, por analogia, a legislação que regula uniões extramatrimoniais estabelecendo-se o regime de comunhão parcial de bens que presume a mútua colaboração. Decorre daí a divisão em parte iguais do patrimônio adquirido no período do relacionamento.

Esta decisão foi o divisor de águas, pois teve grande repercussão, passando-se a vislumbrar a união estável entre homossexuais como relação estável homoafetiva.²⁶³

Ainda que sejam apontadas decisões favoráveis, a jurisprudência não é pacífica quanto à concessão de direitos ao companheiro homossexual na qualidade de herdeiro ou meeiro, como mostra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "SUCESSÃO - União homossexual - Pretensão de habilitação na

²⁶⁰No caso do de cuius não ter deixado herdeiros legítimos.

²⁶¹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 140.

²⁶²UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO.PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Dessa forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS – ac. 70001388982, 7ª C. Cív. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis).

²⁶³DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 140.

qualidade de herdeiro e meeiro do de cujus - Inadmissibilidade - Direitos atinentes à união estável restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher - Inteligência do art. 226, § 3º, da CF (TJSP) - RT 812/220”.²⁶⁴

Há ainda decisões que preconizam a demonstração do esforço comum para que haja reconhecimento de direito do companheiro homossexual na condição de meeiro: “SOCIEDADE DE FATO - Relação homossexual - Meação - Pretensão à extensão a todos os bens do falecido convivente - Simples sociedade de afeto mantida entre parceiros do mesmo sexo que não induz efeitos patrimoniais, à falta de normatização específica - Inexistência de respaldo a legitimar a aplicação analógica da Constituição da República de 1988 ou legislação ordinária que regulamente a união estável, de modo a conferir direito de herança ao apelante - Ruptura do liame informal que gera conseqüências meramente no âmbito do Direito das Obrigações - Presença dos pressupostos do artigo 1.363 do Código Civil - Necessidade da aferição da contribuição de cada um dos sócios para se proceder à partilha na proporção de seus esforços - Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível n. 179.953-4 - São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado - Relator: Paulo Dimas Mascaretti - 26.02.02 - V.U.)”.²⁶⁵

Diante da omissão legislativa do ordenamento jurídico nacional, e a freqüente necessidade de se levar ao Poder Judiciário os litígios para que se decida face à ausência legal, faz-se imprescindível que se utilize, por analogia, dos mesmos regramentos conferidos às uniões estáveis entre casais heterossexuais.²⁶⁶

²⁶⁴TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

²⁶⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home>.

²⁶⁶FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*, p. 93.

Há notícias ainda de decisão que afastou a declaração de vacância da herança em caso de homossexual sem parentes mas com companheiro em situação de união estável. Os Embargos Infringentes 70003967676, através de seus julgadores, creditou à relação homossexual condição de união estável, por analogia, reconhecendo-se o direito sucessório ao parceiro sobrevivente, cabendo-lhe a totalidade dos bens deixados pelo de cujus.²⁶⁷ Vale lembrar que no artigo 13 do Projeto de lei 1.151/95 há previsão de direito sucessório ao parceiro sobrevivente desde a constituição da parceria civil.²⁶⁸

Os homossexuais não têm direito ao usufruto do bem do parceiro, pois não são vistos pela lei como um casal, e sequer tem a garantia de permanecer no imóvel em que residia o casal em caso de falecimento do companheiro-proprietário. Entretanto, a apelação cível 70003016136, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assegurou o direito real de habitação²⁶⁹ sobre o bem imóvel residencial em que os parceiros viviam ao sobrevivente, aplicando ao caso concreto a legislação da união estável, por analogia.²⁷⁰

O companheiro não tem direito a pedir alimentos ao outro, nos termos do artigo 1.694, do Código Civil, justamente pela falta de reconhecimento legal da situação jurídica de cônjuge ou companheiro. O Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul, apesar de conhecido por sua postura inovadora, não concedeu alimentos no caso em epígrafe: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. O RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL NÃO ESTA AMPARADO PELA LEI 8971 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1994, E LEI

²⁶⁷FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*

²⁶⁸Artigo 13 do Projeto de lei 1.151/95: “Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições: I. - o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde; II. - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes; III. - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança; IV. - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

²⁶⁹Segundo o artigo 1.831, do Código Civil.

²⁷⁰FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*

9278, DE 10 DE MAIO DE 1996, O QUE IMPEDE A CONCESSÃO DE ALIMENTOS PARA UMA DAS PARTES, POIS O ENVOLVIMENTO AMOROSO DE DUAS MULHERES NÃO SE CONSTITUI EM UNIÃO ESTÁVEL, E SEMELHANTE CONVIVÊNCIA TRADUZ UMA SOCIEDADE DE FATO. VOTO VENCIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70000535542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 13/4/2000)”.²⁷¹

Salienta-se que quando se pleiteia a igualdade e o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais, deve-se sopesar todas a igualdade, tanto em direitos quanto em deveres. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a união entre um casal homossexual, desonerando o ex-marido a pagar alimentos à ex-mulher, pois esta mantinha relação estável com outra: “Apelação Cível. Relação homoafetiva entre o ex-cônjuge mulher do apelado com companheira, comprovada nesta lide. Pedido do ex-cônjuge marido de sua exoneração de prestação alimentícia à ex-mulher por este motivo. Concessão pelo Juízo monocrático da exoneração obrigacional familiar requerida em tela, com fundamento no princípio da analogia, em face do disposto no artigo 1.708 do Código Civil Brasileiro (“Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”). Conhecimento e desprovimento do apelo. (2006.001.24129 – Ap. Cível, Des. Célio Geraldo M. Ribeiro, jul. 15/08/2006, 10ª Câmara Cível)”.

Não podem pedir a guarda do filho do parceiro. No entanto, o caso da cantora Cássia Eller trouxe à tona esta questão²⁷². Com sua morte, em 29 de dezembro de 2001, sua companheira Maria Eugênia Vieira Martins requereu em juízo a guarda do filho da cantora, Francisco Ribeiro Eller, o Chicão, e a

²⁷¹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>.

²⁷²Apud Resp 502.995, Superior Tribunal de Justiça.

obteve.²⁷³ Estava-se diante de uma circunstância de “filiação socioafetiva”, que para Maria Berenice Dias é mais do que “vínculo biológico”.²⁷⁴ Foi o primeiro caso no Brasil em que a Justiça concede a uma mulher a guarda, ainda que provisória, do filho de sua companheira.²⁷⁵

Seguindo a linha de que o mais importante é o bem estar do menor, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela concessão da guarda provisória a homossexual: MENOR - Guarda provisória - Deferimento a homossexual - Criança que vive na companhia do apelado desde os primeiros dias de vida - Colocação em família substituta que lhe poderá trazer conseqüências desfavoráveis - Relatórios da psicóloga e da assistente social favoráveis à manutenção da guarda - Recurso não provido JTJ 198/121.

Um ponto a ser levado em consideração está no Recurso Especial nº. 502.995, de competência do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁶, em que a sociedade de fato entre um casal de mulheres foi extinta de forma amigável. Como uma das companheiras possui um filho, ficou consignado que nos termos do acordo que a guarda permaneceria com esta cujo nome consta do registro. Entretanto, na sua falta, caberá à outra o *munus* da criação, sem questionamento por parte dos familiares.

O homossexual não tem direito a licença maternidade ou paternidade, nos termos do artigo 7º, XVIII e XIX, da Constituição Federal, no caso de nascimento do filho do companheiro. Não há salário-família, nos

²⁷³O caso da cantora teve extrema repercussão no país, por ser uma artista famosa e da sua grande exposição na mídia. Tal circunstância colabora com a divulgação e abertura de horizontes anti-discriminatórios, tendo em vista a utilização de meios de comunicação e do seu poder de disseminar informações, conforme descreve Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em seu livro *Direito de antena em face do direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 161.

²⁷⁴DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 124-128.

²⁷⁵UMA decisão inédita. Juiz dá guarda provisória do filho de Cássia Eller a sua companheira, Eugênia Martins, medida apoiada pela família da cantora. *Terra*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia_chicao.htm>.

²⁷⁶SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=homossexual+guarda&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>.

moldes do mesmo artigo, inciso XII, visto que não compartilha ao companheiro homossexual a condição do poder familiar.

Na busca da igualdade para obtenção de benefícios previdenciários aos casais homossexuais, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública em face do Instituto Nacional de Seguridade Social.²⁷⁷ Obtida a tutela antecipada, o Instituto recorreu e não obteve resultado. Em junho de 2002, o INSS editou a Instrução Normativa nº. 25/2000, que “estabelece, por força judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.”²⁷⁸ O artigo 1º, da Instrução Normativa 25/2000 considera dependente do segurado o companheiro homossexual para fins de concessão de pensão por morte ou auxílio reclusão.²⁷⁹

No entanto, é preciso que o companheiro, ao requerer o benefício, faça prova da existência da união estável e da dependência econômica.²⁸⁰ Confirmando-se a união estável entre homossexuais, a jurisprudência tem concedido o benefício: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ‘PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO ‘HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ‘BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. ‘...5 – Diante do §3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, verifica-se ‘que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, agilizar o ‘conceito de entidade familiar, a partir do modelo de união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação

²⁷⁷DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 57-58.

²⁷⁸Segundo Graciela Medina, em sua obra *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal– Culzoni Ed., [s.d.]. p. 104-105, diz que “*el gobierno brasileiro en el mês de junio de 2000 ha extendido el reconocimiento legal de las parejas homosexuales, al otorgales el derecho a beneficiarse con las pensiones y beneficios de la seguridad social del compañero premuerto, jubilado o accidentado. A partir de esta medida, aquellas parejas que constituyan una “unión estable” recibirán del Instituto Nacional de la Seguridad Social el mismo trato que reciben los matrimonios, ya sea cuando alguno de sus miembros se jubila o muere. La nueva política permite, además, que una persona que mantenga una relación homosexual incorpore a su declaración impositiva a su pareja*”.

²⁷⁹Artigo 1º, da Instrução Normativa 25/2000: “Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual”.

²⁸⁰AMARAL, Sylvia Mendonça do. *op. cit.*, p. 85.

homoafetiva. Recurso Especial não provido”. (STJ, 6ª Turma, Resp nº 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

Em estando um dos parceiros em regime fechado de prisão, não há direito a visita íntima. Dentro ainda do aspecto criminal, caso o companheiro seja vítima de crime que acarrete sua morte, não pode o companheiro figurar como substituto processual, nem requerer indenização.

O homossexual não pode autorizar cirurgia de risco de seu parceiro, nem figurar como curador em razão da declaração judicial de incapacidade.

Apesar de não previsto expressamente na legislação, o Tribunal Superior Eleitoral recentemente considerou que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no artigo 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal²⁸¹: “REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp 24.564 – rel. min. Gilmar Mendes – j. 1/10/2004)”.²⁸²

A decisão derruba a candidatura da deputada estadual Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes, à prefeitura de Vizeu (PA), porque sua companheira, Astride Cunha está no cargo há dois mandatos e não pode ser reeleita.²⁸³ Reconheceu-se, a partir de então que as uniões homoafetivas trazem

²⁸¹ Art. 14 § 7º, da Constituição Federal:- “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição

²⁸² DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 145.

²⁸³ Resp Eleitoral 24.564, do Superior Tribunal de Justiça.

repercussão também na esfera eleitoral, a ponto de gerar a presunção de que pode haver interesses políticos comuns.

Apesar de tantas dificuldades e do reconhecimento das relações homoafetivas precisarem diuturnamente do amparo do Poder Judiciário, há movimentos e ações civis que reconhecem a homoafetividade espontaneamente, como ocorreu com a IBM do Brasil. Em 02/02/2004, a empresa implantou o programa *Domestic Partners*, que passou a estender aos companheiros homossexuais de seus funcionários os mesmos direitos assegurados aos heterossexuais. Os benefícios do programa contemplam plano médico e hospitalar, odontológico, de abono a dependentes de funcionário falecido, de auxílio a beneficiários de funcionário falecido, de seguro de acidentes em viagem a serviço, e da fundação previdenciária IBM.²⁸⁴ Para se ter acesso a este programa, basta que o casal firme uma declaração de união estável e a registre no Cartório de Título e Documentos.²⁸⁵

3.2 Criação e aplicação da legislação brasileira em matéria homoafetiva

É utópico pensar que o direito advém exclusivamente de fonte legislativa, cabendo ao juiz tão somente o exercício de um silogismo para aplicá-lo e fazer justiça.

Essa prática do exercício de uma mera lógica formal, decorrente da formação positiva de nossos operadores do direito, tem levado muitas vezes a decisões injustas, totalmente afastadas da realidade social de nosso país.

A sempre crescente desilusão com as instituições e com o Poder Judiciário decorre justamente da insensibilidade da lei, reduzindo a atividade

²⁸⁴CASAIS gays da IBM terão acesso a benefícios. *Terra Notícias*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/imprime/0,,OI279665-EI716,00.html>>.

²⁸⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 59.

jurisdicional, que deve consagrar e os princípios da ética e da dignidade humana. Todavia, há um mero exercício de retórica totalmente esvaziado de realidade.

Segundo Oliveira Vianna “nem a generalização do sufrágio direto, nem o *self-government* valerão nada sem o primado do Poder Judiciário — sem que este poder tenha pelo Brasil toda a penetração, a segurança, a acessibilidade que o ponha a toda hora e a todo momento ao alcance do Jeca mais humilde e desamparado. [...] De nada valerão a esses desamparados e relegados ...”²⁸⁶

Eduardo Bittar ensina que “o julgamento de um juiz consiste no estabelecimento concreto da igualdade, de alguma forma rompida anteriormente, fato que reclama sua intervenção para o reequilíbrio das partes. Nesse sentido, restabelecer o equilíbrio é retomar a igualdade rompida; no julgamento, no entanto, não deve fazer acepção de pessoa, mas um julgamento que satisfaça às necessidades de justiça reclamadas pelo caso”.²⁸⁷

Por vezes, é preciso que a norma seja fecundada pelo juiz para que produza os frutos da justiça. No entanto, é preciso que esteja impregnado de requisitos que tornem a decisão conforme aos mandamentos da justiça: “proceder de uma inclinação justa; ser dado por uma autoridade investida de poder para tanto; estar inspirada pela *prudentia*.”²⁸⁸

A decisão judicial deve ser marcada por responsabilidade e senso de justiça. Aristóteles dizia que “por isso, sempre que há uma controvérsia, recorre-se ao juiz: ir ao juiz significa ir à justiça, pois o juiz é como se fosse a imagem viva da justiça; ao restabelecer a igualdade, age como se, de uma linha cortada em partes desiguais, tira da maior a parte que excede, atando-a à parte menor (...) e quando o todo se divide entre duas partes iguais, costuma-se dizer

²⁸⁶VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Ed. da UFF, 1987. v. 2, p. 159.

²⁸⁷BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 211.

²⁸⁸*Id.*, loc. cit.

cada um tem o que é seu (...)”.²⁸⁹

Nessa atividade, o juiz pode e deve inovar a ordem jurídica renovando ou, até mesmo, criando o direito, promovendo a identidade entre o direito e os princípios e sobreprincípios que, positivados ou não, regem a existência e a convivência humana.

Pela mediação do juiz o direito pode enriquecer-se, transformar-se, preencher-se de vida, tornar-se, enfim, um instrumento de realização da dignidade humana.

O juiz, ao aplicar a norma, irá enriquecê-la, ajustá-la, aperfeiçoá-la e, até mesmo, recriá-la, quando as condições assim o exigirem.

Segundo Karl Larenz *“las leyes no se hacen par la eternidad. El ciudadano tiene por ello que contar con que las leyes hoy vigentes se modificarán y con que algún día se regularán materias que hoy todavía no están reguladas.”*²⁹⁰

Não se trata, evidentemente, de instaurar o reino do arbítrio pessoal, ou a ditadura da toga. Na sua atividade criadora, o juiz estará sempre jungido aos princípios que, positivados ou não, informam a ordem jurídica.

Nada a temer em relação ao poder criativo dos juízes, a tentação do arbítrio poderá ser sempre corrigida pelos advogados, pelo Ministério Público e pelos Tribunais Superiores.

Os juízes devem ser chamados a exercer seu poder criativo na ordem jurídica, desengessando-a dos princípios positivistas.

A própria dimensão política do ato de julgar não se coaduna mais, nos tempos em que vivemos, com uma postura meramente mecanicista ou tecnicista, vez que o direito não é mera técnica, mas uma ciência que tem o

²⁸⁹ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, apud AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito grego antigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

²⁹⁰ LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 163.

homem como objeto e cuja missão é promover a ética, a liberdade, a justiça e não a retórica, a escravidão e a injustiça, conforme afirma Plauto Faraco de Azevedo²⁹¹: “Não havendo como negar à jurisprudência o caráter de fonte formal do direito, a sua consideração demonstra que o maior ou menor apego à legalidade acha-se na dependência das circunstâncias históricas em que operam juízes e tribunais. E os estudos de Hermenêutica Jurídica, por seu turno, tendem a cercear ou ampliar a liberdade do juiz em face da lei, em conformidade com o momento em que se cumprem. Quanto maior a adaptação da lei às necessidades sociais, mais facilmente tende a realizar-se sua aplicação. Quanto menor for a adequação da ordem jurídica ao quadro social, mais problemática tende a ser a sua aplicação. Embora, na primeira situação seja menos visível, em ambas permanece indispensável o prudente exercício do poder criativo do juiz para que possa contribuir eficazmente à imperiosa necessidade de mobilidade das relações sociais, à que aludia Cornil. Antes dele, François Géný claramente enfatizara que ‘antes de tudo, o Direito Positivo deve permanecer vivo’ e ‘viver significa mover-se e transformar-se’, ajuntando que para o direito isto significa ‘lutar no sentido de uma constante adaptação às exigências da vida social’”.

Esta inquestionável finalidade a ser perseguida na interpretação e aplicação do direito precisa cumprir-se no quadro brasileiro, atualizando-se a ordem jurídica de modo a afeiçoá-la às necessidades da maioria do povo, contribuindo à sua satisfação de forma mais igualitária, de modo a aproximar-se os diferentes extratos sociais excessivamente separados, quando não estranhos uns aos outros. Para isto, carece o juiz de amplo descortino, a fim de poder fazer face às resistências que encontra, algumas imperceptivelmente inseridas em sua formação jurídica, e, por isto, tanto mais atuantes, outras oriundas dos interesses eventualmente contrariados. Aliás, ao mesmo objetivo já apontava Géný, em 1899, dizendo que fazia-se necessário introduzir na organização positiva mais

²⁹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 145-146.

fraternidade profunda, a fim de melhor igualar as condições de luta entre as atividades rivais, de melhor assegurar uma repartição dos ganhos mais exatamente proporcionada aos esforços e necessidades de cada um, de atenuar os rigores excessivos do direito individual, tendo em vista o interesse social comum.

Também, nesse século, quando o homem se enriquece com a dominação das técnicas mais sofisticadas, mas promove guerras fratricidas, humilhação, exclusão, miséria e fome, os juízes devem ser chamados a exercer o seu papel criativo, a sua dimensão política, abandonando a retórica formalista, atualizando o direito, fazendo-o encarar a realidade social e sua feição humana.

Não seja essa proposição motivo para escândalo, o juiz sempre foi e sempre será também um ator político. Resta saber se servirá sempre à manutenção do *status quo* às classes dominantes; ou se saberá promover pela mediação da atividade jurisdicional o bem de todos, aproximando o povo dos bens materiais e culturais a que todos os homens têm direito.

Segundo Eduardo Bittar, “o Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da estrutura tripartite de poderes, herdada da modernidade”.²⁹² Sem o Judiciário as relações homoafetivas estariam condenadas ao descaso, a desconsideração, pois o poder competente para legislar se omite, e nega a positivação de direitos aos homossexuais.

O direito, então concluímos, não está só baseado na lei. Há falta de positivação da norma quanto as relações homoafetivas. Contudo, a jurisprudência também é fonte do direito e de sua transformação.

A justiça, muitas vezes, pressupõe a fecundação da lei. É urgente, é imperioso promovê-la. No entanto, nos dizeres de Pimenta Bueno, “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não

²⁹²BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 306.

for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”²⁹³

Segundo Eduardo Bittar, “a atividade do juiz consiste na efetivação da justiça; é ele dito a justiça encarnada, ou a justiça viva, não por outro motivo. No pensamento tomista, há que ser considerado o fato de que o ato de julgar é um ato de individualização da lei; no julgamento, portanto, deve estar o mesmo conteúdo de coação que aquele presente na lei”.²⁹⁴ Diz ainda que o “o juízo ou julgamento é o ato por meio do qual se estabelece o que é justo ou direito”.

Segundo Pontes de Miranda: "Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só o político, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde”.²⁹⁵

Ao Poder Judiciário coube a atribuição de dizer o direito ao caso concreto, ainda que a lei não seja suficiente para a solução do conflito.²⁹⁶ No termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, caso haja lesão ou ameaça de violação de direito, poder-se-á instigar o Poder Judiciário a se manifestar.²⁹⁷

Cabe ao Poder Judiciário, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa de impedir afrontas e desfazer com eficácia e eficiência imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaçam e agredem os direitos fundamentais, na visão de Eduardo Bittar.²⁹⁸

No mesmo sentido trata o artigo 4.º da Lei de Introdução ao

²⁹³Bueno, Pimenta, direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, 1857, p. 424, apud, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*

²⁹⁴BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia*, cit., p. 210-211.

²⁹⁵MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.

²⁹⁶BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*, cit.

²⁹⁷O Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal trata do princípio do controle ou inafastabilidade do Poder Judiciário.

²⁹⁸Rocha, O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais, 1997, p.87, apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*, cit.

Código Civil²⁹⁹: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Essa mesma regra foi repetida pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 126: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".³⁰⁰

Não obstante este aspecto já se pode identificar uma tímida positivamente de alguns direitos. Ainda que não sejam normas constitucionais ou federais, têm extrema relevância ante ao seu papel desbravador.

Os Estados de Alagoas e Pará emendaram suas respectivas constituições estaduais vedando a discriminação por orientação sexual. Os Estados de São Paulo³⁰¹, Minas Gerais³⁰², Rio de Janeiro³⁰³, Piauí³⁰⁴, Santa Catarina³⁰⁵, Rio Grande do Sul³⁰⁶, Bahia³⁰⁷ e o Distrito Federal³⁰⁸ editaram leis estabelecendo sanções a posturas discriminatórias, além de mais de cem municípios que trazem em suas leis orgânicas ou em leis municipais a penalização daquele que pratica discriminação por orientação sexual.³⁰⁹

No Estado de São Paulo, editou-se a lei 10.948, de 5/11/2001, que "dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual". Esta lei garante ao homossexual, bissexual e

²⁹⁹Decreto-lei 4.657, de 4/9/1942.

³⁰⁰Este artigo traduz o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, não podendo o magistrado de decidir o caso concreto.

³⁰¹Lei 10.948, de 5/11/2001.

³⁰²Lei 14.170, de 15/01/2002.

³⁰³Lei 3.406, de 15/01/2002.

³⁰⁴Lei 5.431, de 29/12/2004.

³⁰⁵Lei 12.574, de 4/4/2003.

³⁰⁶Lei 11.872, de 19/12/2002.

³⁰⁷Lei 5.275/1997.

³⁰⁸Lei 2.615/2000.

³⁰⁹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, *cit.*, p. 56.

transgênero “livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos”.³¹⁰

Ná se deve esquecer que acima de qualquer lei estadual está a Constituição, que ampara toda e qualquer pessoa contra atos discriminatórios. Ainda que muitos estados não tenham lei específica que trate da proteção aos homossexuais, todos têm seus direitos preservados.³¹¹

No Rio de Janeiro, um bar foi condenado pelo juiz do VI Juizado Especial Cível, Cléber Ghelfenstein, a indenizar um casal de lésbicas no valor de R\$ 5.200, por danos morais. As duas entraram com um processo por indenização por danos morais, pois, segundo elas, foram vítimas de preconceito por parte da direção do estabelecimento por causa da relação homossexual que mantêm. As duas mulheres foram expulsas do local, pois trocavam leves carícias, e o responsável pelo bar as questionou dizendo que aquele era um local de família.

O juiz, em sua sentença, argumenta que "tal ato contraria os princípios constitucionais da liberdade de consciência, expressão e pensamento". E prossegue: "O dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima", fundamentou o magistrado.³¹²

O Poder Judiciário tem exercido um papel primordial e inovador para solução de conflitos na seara dos direitos homossexuais. A omissão legislativa impera.

Como já tratado anteriormente, há o Projeto de Lei 1.151/95, que trata de questões relacionadas aos homossexuais. Posteriormente, o Deputado Roberto Jefferson apresentou o Projeto de Lei 5.252/2001, que pretende criar o

³¹⁰ AMARAL, Sylvia Mendonça do. *op. cit.*, p. 89.

³¹¹ *Id. Ibid.*, p. 90.

³¹² ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.aasp.org.br>.

pacto de solidariedade, ao que tudo indica, inspirado na legislação francesa.³¹³ No artigo 1º do referido projeto de lei, duas pessoas poderão estabelecer um pacto de solidariedade, com objetivo de proteger os direitos à propriedade, sucessão e aos demais regulados por lei. Cumpre observar que o pacto não se refere aos homossexuais, podendo ser usado por pessoas de qualquer orientação sexual.³¹⁴ Na França³¹⁵, contrariando as expectativas, o pacto de solidariedade tem sido usado por heterossexuais, em sua maioria.³¹⁶ Atualmente, o Projeto de lei 5.252/2001, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), desde 3 de junho de 2003.³¹⁷

Outro projeto de lei que trata de direito dos homossexuais é o 5003/2001, da deputada Iara Bernardi, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

Por inexistirem regras legais que estabeleçam regulamentos no tocante a relações homoafetivas, cabe à analogia suprir esta deficiência, baseando-se, sobretudo, nos direitos de personalidade que são abarcados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Maria Helena Diniz trata da analogia: “Encontra-se na igualdade jurídica, já que o processo analógico constitui um raciocínio ‘baseado em razões relevantes de similitude’, fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previsto, mas substancialmente semelhantes sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que a questão sub

³¹³FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*

³¹⁴Artigo 1º, do Projeto de lei 5.252/2001 – “é assegurado a duas pessoas o estabelecimento do pacto de solidariedade, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei”.

³¹⁵*A França foi a primeira nação católica a reconhecer legalmente a união homossexual, ao aprovar um Pacto Civil de Solidariedade entre pessoas de mesmo sexo, garantindo direito à imigração, à sucessão e declaração de renda conjunta, excetuada a adoção, em 1998.*

³¹⁶FERNANDES, Taísa Ribeiro. *op. cit.*

³¹⁷CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e outras Proposições. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 06 nov. 2006.

judice, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão”.³¹⁸

Nestes sentido, a jurisprudência decidiu equiparando um casal homossexual a casais heterossexuais, em nome do princípio da igualdade: “AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/6/2005)”.³¹⁹

A necessidade de se criar no ordenamento jurídico aparatos próprios para as questões relativas aos homossexuais é inquestionável. Diz Celso Antônio Bandeira de Mello: “A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos, impossibilitando a ordem jurídica as desequiparações fortuitas ou injustificadas”.³²⁰

Para Maria Berenice Dias, “o direito deve acompanhar o momento social. Assim, como a sociedade não é estática, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar à espera da lei. Se o fato social se

³¹⁸DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

³¹⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>.

³²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 10.

antepõe ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça”.³²¹

Tendo em vista que não se pode pautar um direito na lei, em razão da inércia do Poder Legislativo, conta-se apenas com os tribunais, que continuam a resolver as questões relativas às relações homoafetivas: “É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre os homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.” (TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000).

Segundo Flávia Piovesan, “é necessário ainda reconhecer que a complexa realidade brasileira traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão. Nesse cenário, as ações afirmativas surgem como medida urgente e necessária. Tais ações encontram amplo respaldo jurídico, seja na Constituição (ao assegurar a igualdade material, prevendo ações afirmativas para os grupos socialmente vulneráveis), seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil”.³²²

O mundo todo tem passado por mudanças sociais, e cada vez mais os homossexuais passam a ter visibilidade. O ordenamento jurídico nacional

³²¹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, cit., p. 92.

³²²PIOVESAN, Flavia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*, cit.

permanece omissa, como se as questões envolvendo relações homoafetivas fossem secundárias. A jurisprudência tem se encarregado de decidir as lides, reconhecendo a existência das relações homoafetivas, ora como sociedade de fato ora como união estável.

Segundo Maria Berenice Dias, “a multicolorida imagem do arco-íris – um dos mais belos fenômenos naturais – talvez seja o melhor símbolo para mostrar a diversidade da natureza humana. Não poder ver as cores é triste, mas não querer ver os diversos matizes que formam a humanidade é provocar a própria cegueira. Não ver é a forma mais eficaz de exclusão social, a mais cruel punição a quem ousa ser diferente. Negar direitos a tudo que refoge à mesmice do igual é condenar à invisibilidade”.³²³

Aparentemente, as uniões homoafetivas são invisíveis, tanto que os legisladores não as vislumbraram a ponto de se dispor a regulamentar esta realidade³²⁴.

Afirma Luis Muñoz Sabaté que *“la homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada com base solamente a argumentos derivados de una sexología comparada. Tanto si nos remontamos a las costumbres de las sociedades paralelas a la nuestra, o incluso si acudimos a las conductas de otras especies animales habremos de rendirnos a la evidencia de que se trata de un fenómeno corriente sobre el cual se han añadido diversas consideraciones de orden cultural y alguno que otro prejuicio. Nuestra sociedad occidental mantiene una actitud totalmente prohibitiva de la homosexualidad. Esta proihbición se refleja no solamente em una serie de pautas morales y religiosas, calificando de vergonzosa, ridícula, denigrante o pecaminosa este tipo de conducta sino*

³²³DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*, cit., p. 21.

³²⁴*Id.*, loc. cit.

*tambiém em determinadas sanciones jurídicas, que en algunas épocas o países han llegado incluso a la castración y la pena de muerte.”*³²⁵

Apesar da tímida previsão legislativa nacional, há pessoas vociferando seus direitos. Gritam pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e da igualdade, sem se posicionarem como vítimas de uma sociedade injusta. Não se deixam ser tratados como portadores de moléstia que merecem ser excluídos. Passam a ser autores da vida, e não coadjuvantes dela.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “a proteção dos direitos fundamentais não deve caber apenas ao Poder Judiciário, sendo indispensável controlar o Executivo para que não agrida esses direitos e dotá-los de meios para que os promova (...) Assim, pois, no âmbito dos direitos fundamentais é necessário que o constitucionalismo brasileiro ponha de lado aquilo que já estiver ultrapassado pela realidade social e que dê sentido prático a tudo o que convém preservar, a fim de que na vida social brasileira a pessoa humana seja o primeiro dos valores. Desse modo os brasileiros sentirão utilidade no sistema jurídico, perceberão que ele pode operar de modo igual para todos, podendo ser um instrumento de justiça e não de dominação e por isso respeitá-lo, assegurando às normas constitucionais a eficácia que até agora não conseguiram no Brasil. Esse é o caminho para a consecução da ordem social justa, sem a qual não haverá paz”.³²⁶

³²⁵MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Sexualidad y derecho: elementos de sexología jurídica*. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976. p. 199-201.

³²⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.*, p. 92-94.

4 CONCLUSÕES

Ao longo deste estudo, procurou-se desenvolver uma específica análise do tema da igualdade, projetando-se a discussão especialmente para o âmbito da homoafetividade e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ainda que positivado, o que se percebe é a limitação do alcance de sua aplicação, no caso das desigualdades econômicas, no âmbito das relações materiais, no caso do preconceito social, no âmbito das relações homoafetivas. A Constituição Federal de 1988 dá-lhe aceção que possibilita e fundamenta a defesa ampla e irrestrita do reconhecimento de direitos que, apesar de afirmados por normas, não encontram possibilidade de acolhimento na vida social. Por isso, a necessidade de um estudo onde fermentassem as condições para o desenvolvimento de um debate histórico e conceitual sobre uma questão de profunda importância jurídica em nossos tempos.

A igualdade, afirmada e difundida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fez acender a chama dos reflexos da igualdade. Se todos são iguais em dignidade e direitos, livres, os homossexuais não podem ser excluídos. E eles perceberam isto.

A homossexualidade é, normalmente, vista com tabu. Isto é também uma questão histórica. Os antigos, por exemplo, conviveram com a homossexualidade com naturalidade. As cargas conceituais da história atravessam os indivíduos, tornando-os fruto dos preconceitos e aceitações morais da sociedade, o que pode representar uma franca ameaça ao exercício da liberdade de cada um. Por isso, os homossexuais já foram considerados até mesmo doentes, conforme certos estudos e pesquisas. Somente em 1990 a Assembléia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS) deixou de considerá-los “doentes mentais”. Já foram feitas explicações comportamentais

as mais diversas através da medicina, analisando-se os genes e até mesmo o aspecto psicológico dos homossexuais. No entanto, o seu reconhecimento carece acima de tudo da assimilação social do direito à diferença e à liberdade de escolha no âmbito da auto-determinação da própria sexualidade.

Em plena pós-modernidade se discute se a relação homoafetiva merece ou não proteção, o que pode e o que não pode ser estendido a um casal homossexual. A legislação, ainda que recente, como o Código Civil de 2002, faz ouvidos moucos para o tema. Os projetos de lei que regulamentam a matéria estão, em sua maioria, arquivados, por desinteresse, e em alguns casos, conchavos políticos, diante da polêmica trazida pela questão.

No entanto, corajosamente, a jurisprudência tem aplicado a analogia aos casais homossexuais que constroem uma relação baseada no afeto, no respeito e no amor. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro neste sentido, como se demonstra através de seus acórdãos, entendendo que dois homens ou duas mulheres que se amam podem constituir família, merecem a preservação de seus direitos como um par e sua homossexualidade não é a condição imperial para se decidir sobre a possibilidade ou não de se adotar um filho.

Os homossexuais passaram a se organizar, a fazer movimentos públicos e de expressão, como a Parada Gay, e se tornaram notícia, minimizando sua invisibilidade. Clamam pelo respeito à diversidade e se preocupam com a homofobia, que ainda traz números alarmantes em todo o país, tendo vitimado duas mil quinhentas e onze pessoas entre 1980 e 2005. Tolerância é a palavra de ordem para que não ocorram mais atrocidades por motivação sexual.

A discriminação existe, mas isto não significa que as pessoas precisam se conformar com esta realidade. Fosse assim, as mulheres, os negros, os portadores de deficiência não teriam alcançado direitos e conseguido seu

espaço. Aos homossexuais e aos que acreditam na igualdade cabe vociferar pela regulamentação de direitos e pelo reconhecimento legal de suas necessidades.

REFERÊNCIAS

ABREU, Caio Fernando. *Pequenas epifanias*. Porto Alegre: Sulina, 1996.

ABSTRACTS of Recent Bem Articles. *Cornell University*. Disponível em: <http://dbem.ws/online_pubs.html>.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. *DHnet - Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html>.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos dos homossexuais e transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.aasp.org.br>.

ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO GLBT DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.paradasp.org.br/modules/articles/article.php?id=6>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Saída para legalizar a união. *Clipping: Ministério do Planejamento*. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=136406>>.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito grego antigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA, Ana Paula Costa. A fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Casa de Rui Barbosa, 1949.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BÍBLIA Sagrada. (AT). Tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e ordem constitucional no Brasil*. São Paulo: Ática, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. O reconhecimento Jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3).

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CABRAL atende Crivella sobre união homossexual. *Clipping*: Ministério do Planejamento. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=308784>>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/335867.pdf>>.

_____. Projetos de Lei e outras Proposições. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASAIS gays da IBM terão acesso a benefícios. *Terra Notícias*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/imprime/0,,OI279665-EI716,00.html>>.

CENTRO Apologético Cristão de Pesquisas. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/entrevista-claudia.htm>>.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A Constituição mexicana de 1917. *DHnet* - Rede Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2006.

_____. Fundamento dos direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 4, v. 1, n. 48, dez. 2000.

COORDENAÇÃO de Políticas Públicas para a Livre Orientação Sexual. *Prefeitura de Porto Alegre. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana*. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smdhsu/default.php?p_secao=83>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos humanos: definição, proteção e promoção. In: CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRO-CONSTITUINTE, 2. 1985, Brasília. *Anais...* Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1986. p. 92-94.

DANDO bandeira. *Isto é*, São Paulo, ed. n. 1448, 02 jul. 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 59-73, jan./abr. 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

_____. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DISCRIMINAÇÃO. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=discrimina%E7%E3o>>.

EU Sou Gay! *Veja*, São Paulo, ed. 1636, 16 fev. 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Unões homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2006.

FIM de romance. Separação de homossexuais deve ser decidida em vara cível. *Consultor Jurídico*, 16 dez. 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/31891,1>>.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Direito de antena em face do direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FUGIE, Érica Harumi. União homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do artigo 226, par. 3º, da CF? *Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre*, v. 4, n. 5, p. 131-150, out./dez. 2002.

GOBBO, Edileuza. A adoção por casais homossexuais. *Revista Consulex*, n. 47, 2002.

GÓIS, Antonio; TARDÁGUILA, Cristina. 47% dos jovens não querem vizinho gay. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 jul. 2006. p. C 6.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRUPO Gay da Bahia. Disponível em: <www.ggb.org.br>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexões sobre os novos modos de procriação. *Estudos Feministas*, ano 8, 1º sem. 2000.

HERKENHOFF, João Batista. Princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=936>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

HOMOFOBIA: rejeição ou aversão a homossexual e a homossexualidade. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=homofobia>>.

JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milano: Giuffré, 2002.

KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KINSEY, Alfred. *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia: Saunders, 1948.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.

LIMA, Raymundo. As polêmicas sobre a causa do homossexualismo. *Revista Espaço Acadêmico*, maio 2001. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/000/0ray.htm>>.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 15, n. 42, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2006.

MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., [s.d.].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual prático de direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUNIZ, Diógenes. Parada gay surpreende e bate novo recorde. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u61505.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Sexualidad y derecho: elementos de sexologia jurídica*. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976.

NEGAÇÃO do Holocausto e Nazismo (Nacional-Socialismo). *The Skeptics Dictionary*. Disponível em: <<http://skepdic.com/brazil/nazismo.html>>.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARAGRAPH 175 - desvendando a perseguição nazista. *Gay Brasil*. Disponível em: <<http://www.gaybrasil.com.br/notas.asp?Categoria=Idigital&Codigo=1289>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Caderno de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2006.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Fronteiras do direito contemporâneo*. São Paulo: Casa Vida, 2002.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRECONCEITO. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. [On line]. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=preconceito>>.

PRÍNCIPE da Índia diz que é gay. *Isto é*, São Paulo, ed. n. 1915, 05 jul. 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, p. 61-73, jan./jun. 2001.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, Porto Alegre, n. 13, abr./jun. 2002.

_____, Porto Alegre, n. 15, out./dez. 2002.

_____, Porto Alegre, n. 30, jun./jul. 2005.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIOS, Roger Raupp. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e orientação sexual. (Série Cadernos do CEJ, n. 24). Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

RITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

ROLIM, Marcos. Casais homossexuais e adoção. Disponível em <<http://www.roli.com.br/cronic162.htm>>.

RONDON, José Eduardo. Juiz veda restrição para gay doar sangue. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 jul. 2006. Caderno C3.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

_____. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=61093>.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 1989. v. 8).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

SODOMIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sodomia>>.

SOUZA, Francisco Loyola; LOPES, José Reinaldo de Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Méd. Caut. Em ação Direta de Inconstitucionalidade 3.300-0 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf>>.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://portal.tj.sp.gov.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/>>.

UMA decisão inédita. Juiz dá guarda provisória do filho de Cássia Eller a sua companheira, Eugênia Martins, medida apoiada pela família da cantora. *Terra*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia_chicao.htm>.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *O Liberal*, Belém, 22 maio 1999.

VERNANT, Jean Pierre. Os gregos inventaram tudo. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. Caderno MAIS!, 31 out. 1999. *Folha On Line*. Disponível em: <<http://www.primeiraversao.unir.br/artigo43.html>>.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Ed. da UFF, 1987. v. 2.

VÍTIMAS gays do nazismo terão memorial. *BBC Brasil*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/12/031212_berling.shtml>.

WILSON, Glen; RAHMAN, Qazi. *Born gay?: the psychobiology of sex orientation*. London: Peter Owen, 2005.