

A DIFÍCIL EFETIVAÇÃO DA ISONOMIA DOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Renan Rodrigues Pessoa

Acadêmico do 2º período do curso de Direito da UERN

Aurélia Carla Queiroga da Silva

Professora Orientadora

RESUMO

A Constituição de 1988 consagra como um de seus princípios basilares, a igualdade de todos perante a lei e o combate a toda e qualquer forma de discriminação, sobretudo, no que diz respeito à orientação sexual. Busca-se através do método fenomenológico e dialético demonstrar as dificuldades do processo de luta e difícil efetivação da isonomia em face aos direitos dos homossexuais no constitucionalismo pátrio, destacando a omissão do legislador e do jurista pátrio em garantir o livre exercício da sexualidade. É imperioso destacar que apesar dos diversos avanços oriundos da jurisprudência e da implementação de alguns programas governamentais de atendimento aos Direitos Humanos, ainda são flagrantemente os casos de homofobia e cerceamento do livre direito à sexualidade, atentando de forma torpe o pleno exercício da liberdade e da isonomia. Dessa forma, para superar tais obstáculos, é fundamental que o Estado atue, proativamente, no sentido de coordenar políticas públicas afirmativas atreladas à conscientização social, que juntas possam assegurar a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais desse segmento minoritário da

sociedade brasileira, tornando a isonomia real e clarividente, em termos práticos, para todos os cidadãos.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos Humanos. Isonomia.

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza.”

(Boaventura de Souza Santos)¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagra a isonomia como um de seus princípios basilares, servindo de diretriz estruturante para todo o sistema jurídico pátrio. Tal princípio é, portanto, a premissa fundamental da consolidação do Estado Constitucional Democrático², sendo este compromisso assentado nas bases da igualdade e da liberdade, consagrado já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição Federal, ao elencar os direitos e garantias fundamentais de todo indivíduo, consagra: *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*, por ora, combate

¹ Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

² A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático [*conceito utilizado nesse trabalho*]. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado** (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.



o preconceito e qualquer forma de discriminação, vedando também discriminar a conduta afetiva no que diz respeito à orientação sexual. Entretanto, enquanto houver segmentos minoritários vitimizados pela exclusão social e pela estigmatização, seja por sua orientação sexual ou condição social, não há como se conceber a vivência e a efetividade de um Estado verdadeiramente democrático.

Assim, infere-se que a sexualidade é um elemento integrante da condição humana e é um direito fundamental, inalienável e imprescritível, devendo-se respeitar o livre exercício da sexualidade que compreende tanto a orientação sexual como a liberdade sexual do indivíduo. Ora, as relações homoafetivas, por terem sido tratadas historicamente com grande indiferença e ignominiosa omissão, sempre foram sujeitas a todo e qualquer tipo de falta de nomeação e regulação jurídica, sendo jogadas à margem das conquistas sociais e do reconhecimento do Direito brasileiro.

O surgimento de movimentos de apoio e defesa da população LGBT serviu para trazer à baila a necessidade de uma legislação protetiva aos direitos dos homossexuais, ressignificando o debate da questão de gênero e reconhecendo a pluralização das estruturas familiares, fenômeno pertencente à emergência de uma sociedade pós-moderna. Tais organizações são essenciais para fazer valer a efetividade do princípio da isonomia consagrada na Constituição Cidadã.

Desse modo, a conquista de novos direitos para os homossexuais, a partir da jurisprudência recente, foi essencial para um novo 'olhar jurígeno' acerca das relações homoafetivas, assumindo, assim, uma posição de vanguarda quanto à necessidade de garantir a isonomia a partir da equiparação dos direitos destes aos pares heterossexuais. O papel do Estado finca-se, pois, no resguardo da personalidade humana e em seu consequente desenvolvimento, não sendo tolerável que o Poder Público pratique qualquer tipo de preconceito e patrocine a discriminação para com os homossexuais.

A pesquisa tem como escopo demonstrar os obstáculos para a plena efetividade dos direitos dos homossexuais no constitucionalismo pátrio, destacando a omissão do legislador e do jurista brasileiro em garantir o livre exercício da sexualidade e do pleno direito à isonomia, nos termos delineados na Constituição Federal de 1988. Almeja-se, também, discutir soluções para o enfrentamento da problemática posta, propondo políticas públicas afirmativas que integrem essas minorias tão estigmatizadas na sociedade brasileira.

Destarte, a metodologia empregada constituiu-se,



predominantemente, na pesquisa bibliográfica e de cunho documental, sedimentada nos métodos fenomenológico e dialético, balizando-se na utilização dos instrumentos de consulta na doutrina civilista pátria, na Constituição vigente, bem como na legislação infraconstitucional e jurisprudência correlata ao processo de efetivação dos direitos dos homossexuais e da necessidade de implementação, em termos práticos, da isonomia como elemento de inclusão social deste importante segmento da sociedade brasileira.

A pesquisa se propõe a discutir os avanços e os desafios no âmbito jurídico da necessidade de ampliar os direitos dos homossexuais, sugerindo a criação de ações coordenadas pelo Estado que, a partir de políticas públicas afirmativas e do fim da omissão do Legislativo, possibilitem a inclusão social do segmento LGBT e suas entidades familiares, concedendo-lhe melhores de condições de acesso e, bem como, de concretização, no sentido pleno de isonomia de todos os seus direitos fundamentais básicos, no âmbito da sociedade.

2 O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O princípio da isonomia tem como pressuposto originário a teoria de Aristóteles, pautado na ideia do “justo distributivo”, cujos termos reconhecem que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, ou seja, conferir a cada um o que lhe é devido, de acordo com seu mérito. Nesse sentido, essa ideia abandonou o campo teórico-filosófico com o advento da Revolução Francesa, onde surgiu a concepção de direitos fundamentais de primeira dimensão, mas, sobretudo, onde se consagrou o plano da igualdade jurídica em um respaldo formalístico-positivista. (MELO, 2000, p. 10-11).

De acordo com Eros Grau (2010, p. 22), nessa época, a igualdade jurídica se aplicava apenas no plano formal, em que o termo “todos são iguais perante a lei” era inconsistente, sem força normativa, visto que lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais, faltando-lhes eficácia e efetividade.

Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro, a primeira Carta Constitucional a consagrar, ainda que de forma precária e ineficaz, o princípio da isonomia, foi a Constituição de 1934, considerada pela historiografia como



a primeira Constituição a conceber um Estado Social de Direito, dispondo sobre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão.

A Constituição de 1988 consagra o princípio da isonomia e veda de forma veemente toda forma de preconceito e discriminação. A menção a estes valores está no preâmbulo da Carta ao reiterar a necessidade de se construir uma *“sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*. Nesse sentido, a CF reitera em seu caput no artigo 5º a igualdade de todos perante a lei, além, claro, de dispor de menções expressas contra a discriminação de gênero e o combate expresso a toda forma de racismo e discriminação racial. (BARROSO, 2011, p.119).

Por isso, a norma maior do ordenamento jurídico pátrio é refratária a todas as formas de patrocínio ou chancelamento da discriminação e do preconceito, sendo estendido também o menosprezo e a estigmatização quanto à condição ou orientação sexual dos indivíduos, reconhecendo o direito à sexualidade como um elemento integrante da condição humana. (SILVA, 2005, p. 59).

No âmbito doutrinário, busca-se depurar a densidade semântica do princípio da isonomia aclarando o entendimento para suas dimensões, sendo oportuno destacar que:

[...] a igualdade formal, deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade diante dos administradores e dos juízes. A igualdade material por outro lado é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático. Deve ser entendida como o tratamento igual e uniformizada de todos os seres humanos, bem como sua equiparação no que diz respeito à concessão de oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos. (FERREIRA, 1983, p. 770)

Denota-se que, segundo a lição de Rousseau, a igualdade material é crucial à edificação do Estado, devendo reverberar-se em seu maior objetivo, posto que: “precisamente por sempre tender a força das coisas a destruir a igualdade, a força da legislação deve sempre tender a mantê-la”. (SOUZA NETO, 2003, p. 6). Destarte, a igualdade material limita a conduta das autoridades públicas e dos indivíduos no âmbito privado, já que impede taxativamente a prática de atos discriminatórios ou preconceituosos, sob pena de engendrar a responsabilização penal e cível de quem os praticou.



Dessa forma, é fundamental destacar que quando se refere à noção de igualdade formal como uma concepção ligada à igualdade na lei, é um comando dirigido para o legislador, enquanto a noção de igualdade perante a lei está ligada para o intérprete do Direito. Ora, a Lei, como um instrumento que procura regular e modelar a vida dos cidadãos, não pode servir de instrumento de perseguição, muito menos de estigmatização dos indivíduos, mas sim, de procurar tratar todos os cidadãos de forma equânime. É este conteúdo ideológico que é absorvido pelo princípio da isonomia e assimilado por diversos sistemas normativos vigentes, incluindo aí, a Constituição de 1988. (MELO, 2000, p. 10).

A Constituição de 1988, ao dispor sobre as diferenciações que incluem o sexo, a nacionalidade, a situação funcional, entre outros, entende que o princípio da isonomia deve ser um instrumento de razoabilidade e legitimidade do direito de todos, dando-os aquilo que lhe é devido. Quanto ao gênero, ainda que o ordenamento pátrio não disponha de um parâmetro quanto às relações homossexuais, a proteção ao direito à sexualidade e, logo, o respeito à orientação sexual do indivíduo, está abarcada na Carta Constitucional e deve ter, portanto, força normativa. (BARROSO, 2011, p.121).

Embora alguns juristas e legisladores argumentem que as relações homoafetivas não geram prole, violam padrões da chamada “normalidade moral” e é incompatível com os valores judaico-cristãos, é preciso desmistificar esta ideia perversa que coloca os homossexuais às margens do acesso igualitário aos seus plenos direitos civis e políticos. Negar tais direitos é desrespeitar o princípio da isonomia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se concebe um Estado que se quer democrático de Direito em convivência com os valores da exclusão e do preconceito. (DIAS, 2010, p.28).

3 A LUTA PELO RECONHECIMENTO DE DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS E A DIFÍCIL EFETIVAÇÃO DA ISONOMIA

Historicamente, houve uma tentativa recorrente do Estado e da Igreja em engessar os vínculos afetivos e cercar o livre direito à sexualidade. Segundo Michel Foucault, o sexo tornou-se um dos dispositivos de controle de governança na sociedade moderna ocidental, seja para regular a população, seja para disciplinar os corpos e desejos. Assim, são desenvolvidos mecanismos como “dispositivo da aliança” (parentesco) e “dispositivo da



sexualidade”, em que o sexo se torna o elo que articula o poder, o saber e a verdade.

Desse modo, o dispositivo da sexualidade transformou o sexo como a chave fundamental para a ideia de indivíduo moderno, essência da sexualidade e um dos modos de inteligibilidade no mundo. São por estes mecanismos institucionais que o poder articula diversos discursos em torno do sexo e exerce o controle que disciplina o corpo e a mente dos indivíduos. (FOUCAULT, 1980, p. 27).

Vale lembrar que com o advento da Revolução Industrial, o modelo heteronormativo, por gerar prole e força de trabalho na sociedade fabril europeia, deixou de ser um discurso de controle da sexualidade atrelado à esfera religiosa, para fazer-se presente na esfera científico-biológica, que considerava as condutas opostas à heterossexualidade como patologia ou anomalia. A atividade científica inclusive tentou qualificar a prática da homossexualidade como uma doença e seu grupo como “portador de anomalias”, relegando muitas vezes os homossexuais a uma situação de vulnerabilidade e exclusão social. (MELO, 2013, p. 150).

No Brasil, tal situação de estigmatização e exclusão sempre esteve marcada na historiografia, uma vez que para o ordenamento pátrio, as relações interpessoais não levavam em conta a questão da afetividade, mas sim uma relação ligada a ideia da superioridade do homem, do patriarcalismo e das questões patrimoniais, excluindo de forma velada os grupos homossexuais na livre expressão do seu amor e afeto. Vale lembrar que a sociedade moderna não abandonou os mecanismos de aliança, que regem a organização do corpo social, a reprodução, os matrimônios, a sistemática dos parentescos e os direitos sucessórios. Nas palavras de Levi-Straus o “parentesco é a linguagem da organização social”, condicionando sua reprodução e a distribuição de status e riquezas. (FERNANDEZ, 2010, p.5).

Todavia, com a emergência dos sujeitos coletivos enquanto protagonistas do processo de ocupação do espaço político durante o período da redemocratização brasileira, o surgimento do movimento LGBT como indutor de um debate inclusivo sobre os direitos dos homossexuais, enfatizando a questão da isonomia e da igualdade, rejeitando a discriminação existente quanto aos laços de afeto e a orientação sexual e, sobretudo, denunciando de forma veemente o processo discursivo do controle da sexualidade que gera violência e opressão, vem servindo nos últimos anos para a construção junto com a posição contramajoritária do Judiciário de novos marcos regulatórios isonômicos para os homossexuais e suas uniões



familiares. (MELO,2013, p.147).

Esse contexto de luta pelo pleno direito a sexualidade e, sobretudo, de isonomia nos espaços públicos, fornece as bases para compreensão da produção incessante de novos sujeitos sexuais e que participa da construção da identidade sócio-sexual na contemporaneidade. As minorias sexuais evoluíram e reivindicam por sua cidadania e reconhecimento como sujeitos de direitos frente ao Estado Moderno. (FERNANDEZ, 2010, p.5).

Por isso, em 1995 foi criada a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ABGLT), com o objetivo de promover ações que garantam a cidadania e o livre direito a isonomia nos espaços públicos para estas minorias, contribuindo para a constituição de uma sociedade cada vez mais democrática que combata a homofobia e toda forma de discriminação que afete o pleno direito a sexualidade, decorrente de uma lógica heteronormativa. (ABGLT, 2013).

Desse modo, a organização e a mobilização dessa parcela da sociedade propiciou, nos últimos anos, um imenso avanço na jurisprudência e em diversos órgãos públicos, mesmo com a omissão do legislador, em reconhecer e efetivar os direitos dos homossexuais e de seus parceiros. Isso mostra, desse modo, que a norma em seu estado de potência, deve estar sempre sendo interpretada e ponderada para além dos textos, situada sempre no contexto histórico-cultural. (MELO, 2013, p.151).

Vale lembrar que a sexualidade integra a personalidade do indivíduo, razão pela qual se enquadra no quadro dos direitos personalíssimos e resguardados pela cláusula de tutela geral da pessoa humana – Art.1º, inciso 3º, da Constituição de 1988. Além disso, o homem - enquanto um ser coletivo - encontra no princípio da solidariedade o resguardo e respeito à sua diversidade. (ROCHA, 2010, p.34).

A ideia de uma sociedade livre de preconceitos e que reconheça a diversidade humana emerge com grande visibilidade, influenciando, inclusive, o posicionamento jurídico de diversos Tribunais. Inicialmente, na Apelação Cível nº 731/1989, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) adotou o critério da isonomia ao equiparar as uniões homoafetivas a sociedades de fato³, unindo parceiros homossexuais na esfera econômica, embora não

³ Sociedade de fato. Dissolução pela morte de um dos sócios. Partilha de bens. Esforço comum na formação do patrimônio. Homossexualismo. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais.



reconhecesse ainda no plano afetivo, uma vez que não havia teses jurídicas consistentes que solucionassem esse caso paradigmático e, sobretudo, devido à omissão legislativa. (TJRJ, 1989).

No que se refere à questão previdenciária, em 2000, foi publicada a Instrução Normativa nº 25, em que o INSS, em decorrência das decisões dos Tribunais Regionais Federais, estabeleceu os procedimentos a serem adotados para conceder benefícios previdenciários ao companheiro homossexual em sede administrativa⁴. Dessa forma, “escancaradamente afronta o princípio da igualdade não assegurar o mesmo direito aos homossexuais, em se tratando de previdência privada”. (DIAS, 2010, p.28).

Quanto ao direito eleitoral, em 2004, o TSE fez uma grande inovação, ao elevar à união homoafetiva a vedação subscrita no art. 14, §7º da Constituição Federal, o qual prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo no âmbito da respectiva circunscrição eleitoral, cabendo interpretação extensiva no sentido de aplicar igual vedação ao companheiro homossexual⁵. (DIAS, 2010, p.28).

Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição. TJRJ, AC 731/1989, 5ª C. Civ., Rel. Des. Narcizo Pinto, j. 08/08/1989. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=646,231,843>. Acesso em 05. Jun. 2016.

⁴ Esta medida foi revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES, de 6.ago.2010, que passou a tratar, dos benefícios previdenciários, incluindo-se o companheiro ou companheira homossexual na qualidade de dependente. Foi também editada a Portaria MPS nº 513/2010 - INSS, segundo a qual “os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (art. 1º). BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17, p. 105-138, jan. /Jun. 2011. p. 124. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>. Acesso em 01. jun. 2016.

⁵ 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



O compromisso de efetivar o direito à isonomia e à igualdade, principalmente no que se refere ao cuidado de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, o TJRS, em 2006, repetindo sua trajetória de vanguarda na jurisprudência no direito de família, entendeu ser viável e produtora a adoção conjunta de uma criança por um casal homossexual, ao mesmo tempo em que reconheceu a relação de afeto das uniões homoafetivas, baseado nos princípios da igualdade/isonomia, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, na solidariedade social, consagrados pela Constituição de 1988⁶. (TJRS, 2006).

Somado a isso, a luta pela isonomia dos direitos dos homossexuais consolidou-se também em resoluções de órgãos de outros Poderes do Estado Brasileiro. Cumpre ressaltar a Portaria Normativa nº 5, de 2009, do Ministério da Educação, que regula o processo seletivo do PROUNI- Programa Universidade para Todos-, estendendo o conceito de família, para fins de obtenção de benefícios institucionais, para as uniões estáveis homoafetivas. Outra medida importante foi a Súmula Normativa nº 12, de 2010, da Agência Nacional de Saúde Suplementar que faculta a inclusão do (a) companheiro (a) em união

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. BRASIL. TSE, REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-recurso-especial-24564>. Acesso em 04. Jun. 2016.

⁶ Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698-rs/inteiro-teor-20004491>. Acesso em 05. Jun. 2016.



homoafetivas como dependente em plano de saúde contratado pelo parceiro, cabendo a operadora definir a forma como deve ser comprovada a convivência mútua⁷. (TOLEDO, 2010, p.42).

Entretanto, uma das decisões mais comemoradas pelo movimento LGBT e que consagrou um marco regulatório nos direitos dos homossexuais no Brasil, foi o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal que, utilizando-se do princípio da isonomia/igualdade, reconheceu a união homoafetivas enquanto instituto jurídico. Ao mesmo tempo, tal julgamento consagrou a proibição de discriminação das pessoas no plano da orientação sexual e, sobretudo, reiterou a autonomia do indivíduo em exercer a própria sexualidade, não cabendo ao Estado cercear ou limitar a sua liberdade, contribuindo para o resguardo das liberdades democráticas. (BRASIL, 2011).

Vale destacar que inexistente tanto na Constituição Federal como no Código Civil, a criação de um modelo institucional específico para os casais homoafetivos, incluindo aí, o reconhecimento deste tipo de união como família e a oficialização do casamento civil, inferindo-se o princípio da legalidade/compatibilidade constitucional da norma. Por outro lado, há a base dos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, uma vez que a falta de modelo institucional adequado, fazendo com que os casais homoafetivos sofram as mais diversas formas de discriminação e vulnerabilidade social. (BARROS, 2015, p.08).

Assim, utilizando a metodologia da ponderação/sopesamento de princípios, o STF reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo e, a partir da interpretação conforme a Constituição de 1988, excluiu qualquer desdobramento do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento desta união, além de afastar do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Portanto o STF, numa decisão inédita, atuou para o reconhecimento das uniões homoafetivas como família, segundo as mesmas regras e consequências da união heteroafetiva.

⁷ Súmula Normativa ANS nº 12: “Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo”. BRASIL. Súmula Normativa nº 12 da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS. 04/05/2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NZA>. Acesso em 05. Jun. 2016.



(BRASIL, 2011).

Em 2013, sob a justificativa de atender ao princípio da igualdade e da não discriminação e, sobretudo, com base na decisão do STF sobre a ADPF 132 e ADI 4277, o Conselho Nacional de Justiça aprovou por 14 votos a 1, a Resolução n. 175, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, e possibilita conversão de União Estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, determinando que os Cartórios brasileiros assim passem a proceder. (BRASIL, 2013).

Completando o processo de abarcamento dos direitos dos homoafetivos no âmbito da jurisprudência pátria, vale ressaltar um precedente do Superior Tribunal de Justiça, datado de 2014, que concedeu cabimento de ação de reconhecimento de união homoafetiva *post mortem*, com base na analogia a ADI 4277, estabelecendo o direito do companheiro sobrevivente de ter acesso aos bens adquiridos ao longo do relacionamento, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, abrindo precedente para inúmeras outras ações na base dos direitos sucessórios para os casais homoafetivos.⁸

Todavia, o processo legislativo, apesar de representar um modelo de democracia representativa, vislumbra numa crise de legitimidade das organizações partidárias, devido ao abismo entre o que é reivindicado pelo povo e aquilo que é feito pelo legislador. Tal situação se repete com relação às minorias sexuais: os entes legislativos apresentam uma postura omissa e mantenedora do *status quo*, oprimindo e tornando os homossexuais vítimas da discriminação e do preconceito. Não é por acaso que diversos projetos de leis relacionados à regulamentação dos direitos LGBTs são vetados, uma vez que grupos conservadores e ligados à bancada evangélica do Congresso Nacional não permitem a discussão dessas propostas, visto que tratam as relações

⁸ Embargos de Declaração no Recurso Especial. Caráter Infringente. Possibilidade. Excepcionalidade. Cabimento. Direito Civil. Família. Ação de Reconhecimento de União Homoafetiva Post Mortem. Equiparação a União Estável Heteroafetiva. Requisitos. Súmula Nº 7/STJ. Divisão do Patrimônio Adquirido ao Longo do Relacionamento. Presunção de Esforço Comum. Desnecessidade. Precedentes do STJ e do STF. Embargos Acolhidos com Efeitos Modificativos. Recurso Especial Desprovido. BRASIL. STJ, EDcl no REsp 633.713/RS (2004/0028417-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/02/2014. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1355__a4fe8abff7a1a18abb64a01b3f4f833d.pdf. Acesso em 07. Set. 2016.



homoafetivas como violadoras dos padrões da chamada “normalidade moral” e são incompatíveis com os valores cristãos. (MELO, 2013, p.152).

Vale ressaltar alguns projetos normativos, que até agora estão trancados, parados ou retirados de pauta no Congresso Nacional, que estabelecem uma legislação protetiva para os homossexuais e tratam com mais isonomia e igualdade os seus direitos. Um desses projetos é o PL 1151/95, de autoria da senadora Marta Suplicy (PMDB-SP), que regula a união civil entre pessoas do mesmo sexo, possibilitando, a partir do império da lei, o acesso a direitos patrimoniais e pessoais para os casais homoafetivos.

Outro projeto importante é o PLC 122/2006, da ex-deputada Iara Bernardi (PT-SP), que propõe a criminalização dos preconceitos contra a orientação sexual e a identidade de gênero do indivíduo, ou seja, combate a homofobia. Por último, o projeto de lei 5002/2013, do deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), dispõe sobre a identidade de gênero e o direito ao seu reconhecimento, estendendo a cidadania a inúmeros travestis e transexuais que ainda não exercem plenamente o seu livre direito a sexualidade. (MELO, 2013, p.153).

Todos esses projetos têm encontrado obstáculos no seu prosseguimento e em suas discussões, em razão das questões levantadas anteriormente e, sobretudo, pela ideia negativa ligada ao par sexualidade-Direito, uma vez que historicamente o processo legislativo serviu de forma de controle de práticas sexuais indesejadas e da legitimidade de uma ordem sexual majoritariamente heteronormativa e patriarcal. (FERNANDEZ, 2010, p.6).

Por isso, efetivar a isonomia dos direitos dos homossexuais no âmbito constitucional brasileiro ainda passa por muitos óbices e desafios importantes para a sua superação. Vale lembrar que em contraste com os avanços apontados na jurisprudência e nas resoluções normativas, há dados sombrios que obstaculizam os direitos dos homossexuais. Exemplo disso é que segundo dados do Grupo Gay da Bahia, obtidos em levantamento dos noticiários, entre 1980 e 2010, foram assassinados 3.196 LGBTs no Brasil, sendo 67% gays, 30% travestis e transexuais e 3% lésbicas. Outro dado sombrio é que até hoje os parceiros em união homoafetiva têm negados até 78 direitos acessíveis a casais heterossexuais, mostrando que há um abismo entre a realidade e o que a Constituição Cidadã prega, uma vez que esta preza pela igualdade e a não discriminação. (REIS, 2010, p.37).

Assim, o Direito é um instrumento fundamental para reconhecer de forma isonômica e equitativa os direitos dos homossexuais, mas isso por si só não basta. O desenvolvimento de políticas afirmativas contra a chamada



“violência estrutural” e a flagrante desigualdade social que afeta a população LGBT e consequentemente sua saúde e mortalidade são fundamentais para a plena efetividade da cidadania dos homossexuais. Neste sentido, é salutar destacar que:

A cidadania democrática pressupõe a igualdade diante da lei, a igualdade da participação política e a igualdade de condições socioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana. Essa terceira igualdade é crucial, pois exige uma meta a ser alcançada, não só por meios de leis, mas pela correta implementação de políticas públicas, de programas de ação do Estado. (BENEVIDES, 2013, p. 5).

Doravante, incluir as minorias sexuais e desse modo, os homossexuais, requer a implementação de medidas efetivas e práticas que se reverberem em políticas públicas mais proativas por parte do ente estatal que garantam, ao mesmo tempo, assistência e seguridade social, saúde, trabalho e respeito à diversidade LGBT. Vale ressaltar que a capacitação de profissionais da educação, a partir do ensino do gênero nas escolas, a regulamentação do processo transexualizador no SUS e a extensão de diversos benefícios às uniões homoafetivas podem efetivamente garantir, de forma isonômica e igualitária, os direitos dos homossexuais. Ressalte-se que este processo deve ser mediado por valores como a soberania popular e os direitos humanos, sendo fundamental a luta por reconhecimento e inclusão, já que para Habermas: “sem movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria pouca chance de acontecer”. (HABERMAS, 2002, p.230).

Portanto, garantir a isonomia aos direitos dos homossexuais perpassa por um amplo processo dialógico entre as minorias sexuais e a posição majoritária da sociedade, a partir de mecanismos cada vez mais expressivos de comunicação e de participação política, para que os mesmos possam expor de forma equânime e livre as suas reivindicações na esfera pública.

Construir uma democracia valorada nos princípios da isonomia significa sanar os paradoxos entre as diferenças sociais e o valor da igualdade, respeitar a diversidade sexual, promovendo a cidadania e o reconhecimento dos homossexuais como sujeitos que também são protagonistas em face da construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.



4 CONCLUSÃO

Dentro de uma visão fenomenológica e dialética, o presente estudo trouxe contribuições científicas sob o influxo de uma nova forma de abordagem quanto à problemática das dificuldades de se efetivar os direitos dos homossexuais no âmbito constitucional brasileiro, partindo da premissa que o Direito é um elemento essencial no combate às desigualdades e ao preconceito. Buscou-se aprofundar o exame das controvérsias pertinentes ao reconhecimento dos direitos homossexuais no Brasil e, ainda, das dificuldades e desafios alusivos às questões normativas, sociológicas e políticas.

Observou-se a importância da evolução da jurisprudência de diversas decisões judiciais e da resolução de diversos outros Poderes do Estado Brasileiro no objetivo de formar uma sociedade que reconheça a isonomia como um valor positivo e, sobretudo, no sentido de instituir a formalização de direitos aos homossexuais e a outras minorias, antes marginalizadas e invisíveis para o ordenamento jurídico.

Porém, apesar destes avanços na área jurídica e no âmbito do alcance protetivo conferidos aos Direitos Humanos, a homofobia e o desrespeito aos direitos fundamentais dos homossexuais são ainda elementos presentes no cotidiano dos brasileiros, que convivem, diariamente, com discriminações e violações de direitos básicos.

Observou-se que a plena isonomia dos direitos para os homossexuais demanda o enfrentamento corajoso da problemática, perpassando pela criação e implementação de políticas afirmativas, onde o Estado restitui a cidadania e intervém de forma dura contra os atentados aos direitos LGBTs e, sobretudo, fomenta o curso do progresso humano através da conscientização social, na media em que educa as novas gerações para o exercício dos seus direitos fundamentais.

Verificou-se que é crucial galgar uma postura mais progressista, proativa e garantista dos direitos fundamentais por parte do Legislativo, de modo que tal poder cumpra a sua real prerrogativa de trazer à baila as pautas sociais emergentes, no âmbito de uma sociedade pluralista e globalizada, mediante a promoção de debates, exame de projetos de leis e proposição de normas que, de fato, reconheçam os direitos básicos dos cidadãos e, assim, fomentem a isonomia, sem discriminação, opressão ou violência.

Do exposto, constatou-se que apesar dos diversos avanços oriundos da jurisprudência e da implementação de alguns programas governamentais de atendimento aos Direitos Humanos, ainda é flagrante os casos de homofobia



e cerceamento do livre direito à sexualidade, atentando de forma torpe o pleno exercício da liberdade e da isonomia. *Pari passu*, detectou-se, a título de resultados do estudo, que para superar tais obstáculos, é fundamental que o Estado atue proativamente no sentido de coordenar políticas públicas afirmativas atreladas à conscientização social, que juntas possam assegurar a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais desse segmento minoritário da sociedade brasileira, tornando a isonomia real e clarividente em termos práticos para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO Brasileira de *Gays*, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT). Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/index.php>>. Acesso em 01.Jun. 2016.

BARROS, Isadora. Parâmetros do ativismo judicial no julgamento da ADPF 132. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14867>. Acesso em 31.Mai. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no brasil. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 17, p. 105-138, jan. /Jun. 2011. p. 124. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>. Acesso em 01. jun. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado** (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador, 2007, p.03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A questão social no Brasil**: os direitos



econômicos e sociais como direitos fundamentais, p. 5. Disponível em: <http://www.institutoapoioar.org.br/imagens/bibliotecas/A_Questao_Social_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 01. Jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Homoafecção: direitos humanos e políticas públicas. Um direito a ser respeitado. In: **Consulex**. Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 323, p. 26-28, jul. 2010.

FERNANDEZ, Osvaldo. Homossexuais, cidadania e direitos humanos no Brasil. In: VENTURI, Gustavo (Org.). **Direitos humanos**: percepções da opinião pública – análises de pesquisa nacional. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 115-130.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

FOUCAULT, MICHEL. **História da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1980

GRAU. Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos e teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MELO, Lucas Sidrim Gomes de. O Posicionamento Contramajoritário do Poder Judiciário e as Conquistas do Movimento LGBT. In: **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 15, n. 1, p. 141-169, jan. /abr. 2013. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/498/513>. Acesso em 28. Mai. 2016.



MELO, Celso Antônio, **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Edição, 8ª tiragem São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

REIS, Toni. Políticas de Direitos Humanos para LGBT. *In: Consulex*. Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 323, p. 36-37, jul. 2010.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. União homoafetiva no direito brasileiro e comparado. *In: Consulex*. Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 323, p. 33-35, jul. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, p.59, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e outros. **Teoria da Constituição – estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Lúmen Júris, 2003, Rio de Janeiro.

TOLEDO, Gislaine Barbosa de. ANS e a Súmula Normativa nº 12. *In: Consulex*. Revista Jurídica, Brasília, v. 14, n. 323, p. 42, jul. 2010.

THE DIFFICULT OF EFFECTIVE ISONOMY GAY RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

The 1988 Constitution stipulates as one of its basic principles, the equality of all before the law and the fight against all forms of discrimination, especially with regard to sexual orientation. Search up through the phenomenological and dialectical method demonstrate the difficulties



of the struggle and difficult realization of equality in the face of gay rights in the parental constitutionalism, highlighting the failure of the legislature and the parental rights lawyer to ensure the free exercise of sexuality. It is imperative to point out that, despite the many advances arising from the case law and the implementation of some government programs of service to human rights, is still blatant cases of homophobia and restriction of the free right to sexuality, considering the clumsy way the full exercise of liberty and equality. Thus, to overcome such obstacles, it is essential that the State act proactively to coordinate affirmative public policies linked to social awareness, which together can ensure the full applicability of the fundamental rights of this minority segment of Brazilian society, making real equality and clairvoyant in practical terms for all citizens.

Keywords: Homoaffectivity. Human Rights. Equality.

