

SEXUALIDADE E NORMATIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O DISCURSO NORMATIVO E JUDICIÁRIO SOBRE O SEXO E O GÊNERO

SEXUALITY AND RIGHTS: NOTES OF THE LEGAL AND JUDICIARY SPEECH ABOUT SEX AND GENDER

Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa

Maria Juliana Boljevac Csucsuly

RESUMO

Note-se que os discursos em torno da sexualidade são criados dentro da história levando em consideração práticas e valores culturais. Esses discursos estão presentes em diversos setores da sociedade, dentre outros: na educação, no judiciário, no legislativo. O discurso heteronormativo e a repressão sexual acabam resultando em uma falta de tutela adequada à liberdade sexual. Nesse sentido, este texto objetiva demonstrar as violações ocorrentes aos direitos homoafetivos quando não há tutela de suas liberdades e garantias. O método utilizado neste trabalho foi o de compilação e o comparativo com revisão bibliográfica embasada em obras sobre antropologia, história e direito. A teoria dos direitos fundamentais será analisada de maneira breve demonstrando quais direitos homoafetivos são ofendidos com a falta de tutela efetiva por parte do ordenamento jurídico brasileiro, e mais especificamente do Poder Legislativo. Para fins demonstrativos, serão analisadas as decisões de máxima importância do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que revelaram não haver mais espaço na sociedade brasileira e muito menos na seara jurídica para desigualdades advindas de orientação sexual.

Palavras-chave: Sexualidade, Heteronormatividade, Direitos Homoafetivos

ABSTRACT

It's real that the discourses around sexuality are created in the history taking into account cultural values and practices. These speeches are present in various sectors of society, among others: in education, in the judiciary, in the legislature. The speech heteronormative and the sexual repression always result in a lack of adequate protection to sexual freedom. Then, this paper aims at demonstrating the homosexual rights violations that occur when there is no protection of their freedoms and guarantees. The method used in this work is the compilation and comparative literature review based on works of anthropology, history and law. The theory of fundamental rights will be reviewed briefly, showing that homosexual rights are offended by the lack of effective supervision, by the Brazilian legal system, and more

[Digite texto]

specifically the Legislature. For demonstration purposes, we will analyze the decisions of the utmost importance of the Supreme Court, and the Superior Court of Justice, which reveal no more space in Brazilian society, much less the legal harvest for inequalities arising from sexual orientation.

Keywords: Sexuality, Heteronormatividade, homosexual rights

DESENVOLVIMENTO

Quando Foucault, em sua obra “História da Sexualidade”, intitula seu primeiro capítulo de “nós vitorianos” percebe-se o quanto tais palavras ainda podem ser tomadas como atuais, e, em análise superficial, não se identifica o porquê de tanto “vitorianismo”, tanto recato e demasiada regularização da intimidade sexual. Afinal de contas, a atualidade é a época de capitalismo avançado: a chamada pós-modernidade para alguns, segunda modernidade para outros.

Classificações à parte, atualmente há uma nova normatização, inclusive sexual, entenda-se normatização sexual por normas jurídicas e não jurídicas, aquelas, que, de alguma forma, regem a conduta sexual. Essa época é posterior à ascensão do feminismo, do aparecimento das organizações de defesa dos direitos dos homossexuais, do início das lutas pelas liberdades, da consolidação da democracia burguesa no ocidente, que trouxe consigo o que Bobbio intitula como “uma era de Direitos” e, não menos importante, da criação do Viagra.

Nesse sentido, esse texto se propõe a discutir como os discursos normativos sobre a sexualidade e o gênero foram fortemente influenciados pelos movimentos históricos que criaram na sociedade a cultura da repressão e da pré-determinação dos papéis de homem e de mulher. Para tanto, é necessário realizar um panorama histórico sobre as idéias que foram construídas na sociedade clássica sobre a sexualidade e após, analisar o discurso do direito sobre esse tema.

1 - Sexualidade e relação homossexual na história

Sobre a ética dos *aphrodisia* Michel Foucault denota que ela pode ser analisada tanto quantitativamente, representando o número da frequência dos atos, quanto qualitativamente, [Digite texto]

isto é, o papel do macho dominador na relação sexual e social. Na moral grega é importante que o homem seja marcado pelo comedimento, seja em seu relacionamento com as mulheres ou com os rapazes. Sobre isso, Platão afirma ser a relação entre homem e mulher natural, já a homossexualidade (se este termo é inicialmente cabível) é antinatural, sendo assim as relações que tem por finalidade apenas o prazer e não procriação seria a “intemperança no prazer”. Esse argumento procriativo da relação sexual será muito utilizado mais adiante pelo cristianismo (FOUCAULT, 2009).¹

O termo *aphrodisiazein* pode significar a atividade sexual, ou o papel de ativo ou passivo, este último visto como objeto. Contudo, a extrema diferenciação entre homens e mulheres na Antiguidade Clássica, pode ser entendida por essa severa demarcação entre ser ativo e passivo, pois, a mulher é naturalmente passiva. Através disso, na relação de homossexual o excesso e a passividade representam, no mesmo grau, falha de moral dos *aphrodisia* (FOUCAULT, 2009, p.59).

O domínio e o comedimento dos prazeres fazem parte da liberdade do indivíduo grego, isto é, valorizava-se o domínio do indivíduo sobre si mesmo, porém isso não significava liberdade de arbítrio. Assim, ser intemperante é se encontrar não resistente e fraco aos prazeres. Atualmente, a feminilidade do homem é vista como transgressão de seu papel sexual, pois, a demarcação entre feminino e masculino é essencial. Entretanto, para os gregos o essencial era a diferença entre passividade e atividade, por isso a questão não se trata de saber se um homem relaciona-se com um homem ou uma mulher, mas se ele exerce o domínio sobre si e seus prazeres, caso isso não ocorra ele será considerado como feminino.

Portanto, a oposição entre efeminado e viril não é o mesmo que para nós (hetero e homossexual), ela representa uma atitude sobre os prazeres, as características sexuais, mas principalmente, o papel social do homem.

Os gregos aceitavam e valorizavam as relações ente homens e rapazes. Era perfeitamente concebível um homem casado relacionar-se fora do casamento, o prazer sexual não era um mal, nem pecado para os antigos. O sexo fazia parte de uma dieta de vida saudável.

Nesse sentido pode-se falar até mesmo em uma espécie de bissexualidade entre os gregos, pois, era comum que um homem exercesse ao mesmo tempo, ou alternadamente,

¹ A palavra homossexualidade é um termo moderno, mesmo a noção de relação homossexual fundada na parceria e no afeto não era compreendida na Idade Antiga com esse vocábulo.

relações com um rapaz e uma moça. Ressalta-se que apesar dessa prática, os gregos não pensavam em duas formas de desejos, essa aparente bissexualidade existia porque para eles o que provocava o desejo por qualquer um dos sexos era somente a beleza física.

A tolerância pela homossexualidade, bem como o amor pelos rapazes era admitida não apenas pelas leis, como também pela opinião pública. Mesmo as instituições pedagógicas (como a prática da pederastia) e as religiosas não se opunham a tal prática. Mas os jovens muito fáceis ou excessivamente efeminados eram criticados por isso, motivo pelo qual parece difícil se falar em liberdade homossexual de forma tão efetiva na Grécia ou qualquer outra civilização antiga, afinal, a sociedade delimitava muitas posturas e condutas que deveriam ser exercidas nas relações. Mas, de qualquer forma, é possível dizer que para os gregos a atração de um homem por outro não era algo considerado “diferente” e não recebia leis nem regulamentos diferentes dos outros cidadãos por causa disso, o único tratamento diferenciado era o moral.

As relações que uniam um rapaz a um homem, antes de serem filosóficas, faziam parte de um jogo social. Como ressalta Foucault, em torno disso formou-se uma espécie de “corte”, cheia de convenções e comportamentos estipulados e estereotipados.

Por outro lado, o rapaz para se transformar em um homem seguro de si, livre e, portanto “masculino”, não poderia ser objeto na relação sexual, mas isso era uma prática um tanto quanto problemática, visto que o homem que mantinha o romance com ele o via como dominado.

(...) de maneira que pode surpreender à primeira vista, vemos formar-se na cultura grega e a respeito do amor pelos rapazes, alguns dos elementos mais importantes de uma ética sexual que o rejeitará em nome precisamente desse princípio: exigência de uma simetria e de uma reciprocidade na relação amorosa, a necessidade de um combate difícil e de muito fôlego consigo mesmo, a purificação progressiva de um amor que só se dirige ao próprio ser em sua verdade, e à integração do homem sobre si mesmo enquanto objeto de desejo (FOUCAULT, 2009, p. 308).

Ademais, essas diferentes formas de reflexão acerca da homossexualidade serão encontradas nas sociedades ocidentais cristãs. Porém, a liberdade sexual é vista nessas sociedades como um pensamento pagão. Contudo, desde o século IV d.C. encontra-se claramente formulada, a idéia de que a atividade sexual é perigosa, pois, está ligada a perda de substancia vital. Esta última ideia está ligada ao princípio da temperança, um pouco extremada, mas acima de tudo moralista.

[Digite texto]

Nas sociedades cristãs, o sexo era provavelmente uma das maiores formas de dominação, sendo vigiado, confessado, punido (caso não ocorresse dentro do matrimônio). A homossexualidade passa a ser a pior atitude sexual, contrariando o sentido natural da vida, ou seja, contrariando a procriação e destruindo a instituição mais importante da sociedade: a família.

Segundo o materialismo histórico e dialético de Karl Marx, a nossa sociedade teve início na necessidade da sobrevivência humana, através de uma relação entre a natureza pré-existente e o humano que a transforma pelo trabalho em comunidade (FOUCAULT, 2009). Nas primeiras comunidades não havia qualquer distinção de classe quanto ao trabalho, bem como os seus frutos eram distribuídos a todos da coletividade a fim de suprir suas necessidades. Neste modo de produção, chamado de comunal ou primitivo, a sexualidade era vista e praticada da forma mais liberal possível. As vestes eram usadas com o intuito de proteger o corpo das intempéries ou para embelezar-se, e não como forma de esconder partes íntimas e proteger o pudor, até porque tudo era de todos, todos eram de todos, e os filhos eram filhos da comunidade. Diante do exposto, pergunta Foucault:

(...) na época que se explora sistematicamente a força de trabalho, poder-se-ia tolerar que ela fosse dissipar-se nos prazeres, salvo naqueles, reduzidos ao mínimo, que lhe permitem reproduzir-se? (FOUCAULT, 2009, p. 312)

Para se responder bem a esta pergunta, tem-se que entender primeiro a nossa sociedade, sua história, suas normas e como ela se relaciona com a sexualidade; qual a importância axiológica dada ao sexo, e dentro de toda essa lógica, entender o que, do sexo, é útil para a sociedade, e por quê.

À medida que a sociedade foi evoluindo em suas técnicas produtivas, o ser humano se “sedentarizou” e conheceu a propriedade privada, quase tudo era de quase ninguém e os filhos pertenciam agora não mais à comunidade, mas sim à linhagem de determinada família. Nascia o que Marx denomina modo de produção escravagista. O homem continuou buscando a sua sobrevivência no trabalho, modificando a natureza, que neste instante já tinha dono, o aristocrata. Sendo assim, as normas adquiriram um organismo mais rígido para sustentar o novo modelo social.

[Digite texto]

Uma das grandes civilizações representantes do modo de produção escravagista é a Grécia, aquela que muitos consideram como uma sociedade que valorizava as liberdades sexuais. Porém, observando a obra “A cidade Antiga” de Fustel de Coulanges (2009), percebe-se o quanto a normatização sexual estava presente naquela civilização. Havia um modelo de sociedade na qual a família mantinha-se através de vínculos sagrados com os antepassados, e estes, eram considerados como deuses, sendo assim, o local onde foram enterrados os seus corpos se tornaria sagrado para aquele grupo de pessoas, sua propriedade, sua terra, seu meio de produção.

Há três coisas que, já nas épocas mais antigas, encontramos fundadas e solidamente estabelecidas nessas sociedades gregas e italianas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação manifesta e parecem ter sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha a sua lareira e os seus antepassados. Esses deuses só podiam ser adorados por ela; eles eram sua propriedade. (COULANGES, 2009, 35)

Tal vinculação entre família, religião e propriedade criou normas de conduta mais parecidas com as modernas. A propriedade, assim como o culto, era transmitida de geração em geração por via sanguínea paterna, de pai para filho. E na religião, a felicidade de seus deuses antepassados dependia de seu culto, ou seja, da prestação de oferendas e sacrifícios em seu nome. Sendo assim, para agradar aos antepassados e para que o próprio homem não caísse em desgraça (não ter alguém que lhe preste as oferendas), era obrigado a casar-se e ter filhos.

A sexualidade era vista de outro modo nessas sociedades, o homem até podia se relacionar com outras pessoas, porém tinha como obrigação a continuação de sua família e sua religião através da procriação dentro da família, com uma mulher desposada segundo os ritos daquele sistema de crenças. Já à mulher era vedada qualquer prática sexual que pudesse macular o ventre, que seria responsável pela continuação de sua família e seu culto. Entenda-se que era a família a detentora do meio de produção (meio de subsistência) e o culto era o instrumento utilizado para a dominação social e conseqüente manutenção do sistema.

Vale ressaltar que o comando usual da normativa sexual grega dirigido para o homem da época não era negativo (você não deve fazer), mas sim positivo (você deve fazer). Os comandos de não fazer geralmente estavam impressos para condutas sexuais que ferissem a sacralidade familiar como no caso exemplificado pela tragédia moralista grega “Édipo Rei”,

[Digite texto]

na qual a desgraça recai sobre Édipo por ele ter se casado com a própria mãe e ter tido dois filhos com ela, ferindo, assim, as noções de família grega e a continuidade da linhagem mantenedora da religião do lar e, porque não, da propriedade aristocrática, uma vez que não só as personagens receberam o castigo dos deuses mas também todo o reino do qual Édipo era rei.

Ainda tomando como base a Grécia, verifica-se que a noção de sexualidade se modificou muito ao longo dos tempos, até a contemporaneidade, isso pode ser demonstrado até mesmo no vocabulário grego. A sexualidade contemporânea, além de ser uma idéia mais geral, possui também funções diversas. O vocábulo grego *aphrodisia* (atos que proporcionam prazer) acrescenta ainda mais divergências entre concepções gregas e atuais, porém os *aphrodisia* podem ser gestos que advém ou não do sexo. Ademais as reflexões em volta do tema sexualidade, além de serem antigas são constantemente mutáveis e as interrogações sobre maleficência ou beneficência do sexo foram inicialmente as mais praticadas.

Mais tarde, na filosofia de Santo Agostinho existe uma interrogação acerca dos prazeres de sua juventude “desviada”, isto é, se tais prazeres (sexuais ou apenas sensitivos) são realmente carnis. Já no ponto de vista aristotélico a questão central é se da *akolesia* fazem parte todos os prazeres do corpo (SANTO AGOSTINHO, 1999).

Ademais, na passagem da Idade Antiga para a Idade Média, e no início da afirmação do cristianismo, o sujeito é levado a desconfiar e reconhecer as manifestações que levam aos atos sexuais (vistos como pecaminosos).

Deve-se ressaltar que a ideia de castidade já permeava a Antiguidade pagã, mas em outro sentido, no qual quem era casto o fazia por exercer extremo domínio de si, algo muito valorizado naquela época como no caso de Sócrates que era visto como superior a própria natureza humana e acima da verdade, um dos maiores objetivos não só da filosofia grega, mas dos gregos como um todo.

Entretanto, essa valorização da castidade apesar de assemelhar-se com a cristã tem objetivos completamente diversos. Na Grécia a castidade que advém da temperança, assim como a própria relação homossexual fazia parte de uma espécie de “enfeite” da moral. Geralmente eram mais praticadas por pessoas de *status* social mais elevado, eis aqui a primeira divergência de pensamentos.

Na Idade Média as castidades assim como a proibição da relação homossexual estavam direcionadas a todos sem distinção. Inicialmente é preciso entender que na

[Digite texto]

antiguidade clássica sexualidade e sabedoria estavam vinculadas. Poder-se-ia dizer, que a moral grega era praticamente dirigida apenas aos homens. As mulheres e escravos deviam apenas submeter-se ao poder dos homens livres.

O poder político na modernidade é visto por Foucault pela crítica à eficácia produtiva, pois, segundo o autor, é sob esse prisma que se explica o fato de o corpo ser o alvo principal de controle, afinal o importante é adestrar as atitudes humanas. Isto significa controlar as ações dos homens e aproveitar as suas qualidades úteis à sociedade, diminuindo assim também sua capacidade de revolta.

Os movimentos de liberdade sexual dos homossexuais e das mulheres no século XIX procuravam formas de especificidade da sexualidade, bem como novas formas de comunidade, coexistência e de prazer, porém essa especificidade dos homossexuais é muito mais forte. Com esses movimentos eles conseguiram ao menos remover, mais tarde no século XX, a homossexualidade dos tipos de doenças mentais.

As feministas, ao lutarem pro direito efetivos, não buscavam apenas o exercício de sua sexualidade, mas direitos muito mais sociais (políticos, econômicos). Já os movimentos homoeróticos apresentaram um caráter muito mais sexológico, pois, seus objetivos eram mais de aceitação e tolerância do que de mudança de *status*.

A heteronormatividade fundamenta-se na idéia de que, por um fato natural, só existem machos e fêmeas e por isso a relação heterossexual é exata e dotada do poder de procriação. Sendo assim, os gêneros encaixados nas categorias de feminino e masculino e a pessoa dotada de um determinado sexo físico e outro gênero incompatível com tal sexo é considerada completamente fora da orientação sexual dita como natural e normal. Portanto, o homossexual, o transexual e o bissexual estariam completamente marginalizados na sociedade (SANTOS, 2011).

No início do século XX, verifica-se uma mudança de postura homossexual com o surgimento de várias personalidades da literatura e das artes se declarando homossexuais e causando incômodo nos intolerantes como os governos ditatoriais. De fato, a luta dos homossexuais é algo pertencente à Idade Contemporânea, já que a perseguição a eles na Idade Média e Moderna era ferrenha demais para qualquer movimento contrário às regras de conduta. O século XX representou a maior mudança de comportamento dirigido aos homossexuais. A heteronormatividade, apesar de prevalecer, deixou de ser absoluta, e antigos conceitos sobre a homossexualidade como patologia física e mental foram deixados de lado.

[Digite texto]

Ainda sobre a história da sexualidade, Ussel (USSEL, 1980) acredita que as ideias sobre sexo e a desconsideração do erotismo só foram introduzidas na sociedade a partir dos movimentos de ascensão da burguesia.

As teorias heteronormativas querem unir a idéia da heterossexualidade à reprodutividade, o que atualmente seria completamente incompatível, afinal muitos casais decidem por não terem filhos e então neste caso a heterossexualidade seria também “antinatural”.

Não obstante, a sodomia, palavra utilizada para denominar perversões sexuais, representou durante muito tempo um temor aos homossexuais, visto que muitos foram queimados na fogueira na época da inquisição. Destaca-se que a palavra sodomia em si, mesmo não significou a relação homossexual propriamente dita, mas denotou a eles um tom extremamente pejorativo. Além disso, Ussel explica que apesar de a sodomia ser um termo cristão, a condenação do sexo anal entre homens é anterior ao cristianismo (USSEL, 1980).

O termo sexualidade (século XIX) é recente e talvez por isso seja um tema tão debatido das ciências sociais, mas os avanços que levaram ao descobrimento da sexualidade sua importância na vida do indivíduo não foram puramente sociais, mas biológicos, assim como novas concepções religiosas, jurídicas e medicinais. Todas essas mudanças levaram ao indivíduo a dar mais valor e sentido a sua conduta moral, afetiva e reprodutiva, assim como a realização de seus prazeres.

A própria ideia de sexualidade necessariamente não implica em satisfação de libidos, mas primeiramente uma forma de autoconhecimento ou até mesmo auto-reconhecimento do corpo. O homem ocidental reconheceu-se durante séculos como sujeito de direito para depois transformar-se em sujeito de sexualidade (ciente primeiramente de seus próprios desejos).

Nesse momento da discussão é importante destacar o abismo que separa moral sexual do cristianismo, a moral sexual do paganismo antigo e a palavra sexualidade de fato. Na moral cristã o sexo obteve aspectos negativos: mal, pecado, morte. Enquanto na antiguidade, os aspectos eram muito mais positivos. Essas diferenças não ficam restritas apenas ao ato sexual, mas também ao casamento, que no cristianismo deve ser monogâmico, com desqualificação da homossexualidade, enquanto na Grécia e Roma era aceita, pelo menos entre homens. Os antigos se demonstraram um tanto quanto indiferentes a preceitos como fidelidade, castidade, monogamia, não que não existissem delimitações sobre isso, mas nota-

se dizer que as regras de condutas sexuais e morais não eram tão fundadas na instituição matrimonial.

Foucault (2009) chama a atenção para as obsessões que a medicina e a pedagogia a partir só século XVII e XVIII em torno do abuso do órgão sexual aumentando ainda mais a credibilidade ao temor e rejeição do sexo, isto é, o prazer totalmente inserido na morte e no mal. Anteriormente, a própria medicina dizia que o excesso no uso dos prazeres era nocivo a saúde, alguns chegaram a dizer que era melhor nem praticar o sexo.

No século XIX surge um perfil de homossexual relatado nos textos, como uma espécie de homem com traços físicos e psicológicos extremamente efeminados (invertidos). Denota-se ainda que esse estereótipo completamente negativo, é o mesmo que se reflete até hoje em nossa sociedade, trazendo uma dificuldade de assimilar a troca de papéis sexuais e a relação homoafetiva. Nos antigos, a reprovação diante da homossexualidade não ocorria devido ao ato sexual, menos ainda devido à relação homossexual afetiva, mas ao comportamento excessivamente efeminado. Porém, mesmo com essa hostilidade, o homossexual encontrou na antiguidade muito mais liberdade sexual do que nas sociedades modernas européias.

Ao longo da história percebem-se vários sentidos, interpretações e noções de sexo, sexualidade e identidade de gênero. Porém, algo que é recorrente é o senso utilitário dado ao sexo, o que a sociedade considera útil para a manutenção da comunidade que transforma a natureza através do trabalho e possibilita a sobrevivência humana. Isto nos moldes da manutenção de certo modo de produção (FOUCAULT, 2009).

A matriz e força motriz que qualquer meio, modo de produção é o corpo do ser humano que trabalha e produz, daí a importância de regulamentar o seu uso.

No capitalismo somos conduzidos pelas dinâmicas de mercado, aquilo que o mercado precisa para se manter ou crescer e buscar mais lucro torna-se norma, seja ela jurídica ou não. Na infância do atual modo de produção, ele necessitou do maior contingente de proletários (trabalhadores e consumidores) possíveis, daí a valorização do sexo reprodutor e discriminação através de medidas religiosas ou médico-higienistas de todo o sexo que não contribuísse para impulsionar o novo modo de produção (FOUCAULT, 2009).

A contemporaneidade capitalista não se preocupa mais tanto com o crescimento da massa proletária, mas sim com uma melhora do tipo de consumo. O mercado percebeu que é mais rentável cinco brasileiros consumindo celular de alta tecnologia do que 20 europeus consumindo tecido de algodão. Abre-se espaço, então, para as lutas em favor de um sexo mais

[Digite texto]

voltado ao prazer e menos preocupado com sua antiga função útil. Aliás, o prazer já está sendo útil para o mercado, vale lembrar-se das inúmeras novidades que se pode encontrar em qualquer “sex-shop” ou daquelas que aparecem listadas nos serviços de inúmeras clínicas médicas.

2 – Sexualidade e Direitos Fundamentais

A repressão a alguns aspectos da sexualidade, sobretudo à homossexualidade, reflete-se no discurso normativo jurídico, sobretudo no legislativo, que reitera o mesmo conceito de família cristão, formado por homem e mulher, além de reforçar os estereótipos de gênero, definindo previamente o universo do masculino e feminino, segundo padrões estabelecidos pela cultura que afirma a força do homem e a fragilidade da mulher. No entanto, a Constituição Brasileira de 1988, baseada nos direitos fundamentais, deixa também abertura para argumentação, nos tribunais, acerca do princípio da igualdade, o que tem resultado em decisões favoráveis acerca do reconhecimento de união estável e transmissão de herança dos casais homossexuais. Nesse sentido, é importante entender a natureza dos direitos fundamentais e a sua força mesmo nos casos em que servem de argumentação contrária à própria legislação pátria.

Através da incorporação de direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo na esfera constitucional têm-se a positivação dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003).

Uma primeira concepção dos direitos naturais em termos liberais, isto é, o discurso moderno em torno dos direitos do homem assenta-se sobre duas idéias: uma é a noção subjetiva, sendo a liberdade do indivíduo, e a outra é a relação de reciprocidade de liberdades. Esse raciocínio liberal dos direitos do homem demonstra dois princípios básicos: a liberdade individual e o Estado como protetor maior destes direitos. A segunda concepção adéqua-se à visão dos direitos do homem como um ser social. Entretanto, pensamento republicano buscou a positivação política, superando o período teológico e metafísico na explicação dos fenômenos sociais (CANOTILHO, 2008).

Platão já afirmava que o homem não deve viver dentro de um ordenamento político que o humilhe moralmente. Eis a necessidade da racionalização que as leis positivas

apresentam. O direito natural fundado na natureza humana é o direito *secundum naturam*. Já o direito positivo estaria estabelecido para aqueles casos ambíguos (DIAS, 2005).

Na Idade Média, a liberdade deixa de ser argumento metafísico e passando a ser uma faculdade humana. Ademais, objetivando a restrição do poder soberano, levou ao reconhecimento dos *jura et libertates*, que mais tarde tornou-se uma das raízes dos atuais direitos humanos (DIAS, 2005).

Os fundamentos cristãos dos direitos naturais desaparecem progressivamente. A doutrina do direito natural elegeu a partir daí como pressupostos, a razão humana e a sua autonomia moral.

Os direitos humanos foram então deduzidos da *ratio* e da natureza humana, enquanto ser dotado de razão. Mas o conceito de *ratio* perdeu aos poucos toda a ligação, seja com a teologia, seja com a ética.

Através disso, os direitos humanos tiveram como pressuposto a gênese e o desenvolvimento de outras categorias filosóficas, especificamente as da liberdade e igualdade de um homem que é pessoa, dotado de uma dignidade pessoal, inata e inalienável.

No que cerne a direitos homoafetivos, é necessário que se faça uma análise destes direitos pelo prisma da igualdade e da liberdade, assegurados na Constituição Federal Brasileira de 1988. São direitos fundamentais, portanto, cabe ao Estado dar a tutela efetiva a tais direitos, que são inerentes à própria dignidade humana. Estes princípios e garantias fundamentais, base do Estado Democrático de Direito serão analisados por meio da doutrina e pela recente e grande decisão do Superior Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva.

Nesse sentido, é preciso exemplificar porque o Estado denota a certos direitos o caráter de princípio fundamental. A própria definição de princípio precisa ser analisada, já que há uma diferença tênue entre princípios e valores. Os princípios pertencem ao âmbito deontológico (pressupõe um dever, uma proibição, uma permissão e um direito a algo) já os valores ao âmbito axiológico (denota uma qualidade) (ALEXY, 2008). Portanto, princípios são verdades ou juízos fundamentais, que garantem um conjunto de juízos. Podem também ser certas proposições, como pressupostos necessários de um sistema particular (ROTHENBURG apud REALE, 2004).

Os Direitos Fundamentais enquanto Direitos Humanos positivados (ARAÚJO, 2003), constituem um amplo ramo de dispositivos no qual se encontram os direitos individuais

[Digite texto]

perante o Estado (restrição da esfera de intervenção estatal) e num segundo plano direitos que advém, de certa forma, do direito geral de liberdade e do direito geral de igualdade. Esses direitos possuem assim uma natureza polifacética, formando através disso uma categoria de direitos com semelhanças entre si. Entretanto o artigo 5º da Constituição abarca em seu Título I direitos e garantias fundamentais, sendo necessário distinguir tais expressões. Direitos têm a característica declaratória, no entanto, as garantias têm caráter assecuratório (reparação da violação aos direitos). Ademais os Direitos Humanos diferem-se dos fundamentais, na medida em que, possuem abrangência internacional, porém não são textos positivos, portanto, não tem tutela estatal através da Constituição.

Todas as declarações dos direitos dos homens, sobretudo a francesa de 1789, puseram a igualdade entre estes direitos. Os redatores dessa declaração quiseram assim eliminar todo risco de retorno das profundas desigualdades entre indivíduos e classes sociais que caracterizaram aquele passado no qual reinavam os privilégios insolentes e a servidão (DIAS, 2005).

A própria natureza humana cria graves desigualdades entre os homens desde o seu nascimento. Assim, a singularidade que constitui o mistério da abordagem do homem torna difícil o discurso da igualdade natural (DIAS, 2005).

O Caráter universal da *humanitas*, presente em todo ser humano, constitui o fundamento natural da igualdade entre os homens. O fundamento da dignidade humana é conseqüentemente o fundamento dos direitos humanos. A universalidade dos direitos humanos tem a ver com a própria noção de justiça.

Segundo Bobbio, depois da declaração universal dos direitos do homem de 1948, pode-se ter a certeza histórica de que “toda” a humanidade compartilha alguns valores comuns. Rousseau assevera ainda que o homem nasceu livre e está em toda parte associado a outros. Mesmo quem se crê senhor dos outros, não deixa, todavia, de ser mais escravo do que eles.

Os estóicos ao desenvolverem uma doutrina sobre a igualdade demonstram que o homem é igualado aos demais no sentido de participação na razão universal (*logos*) e também por ser dotado como os outros de *ratio*. Entretanto, a igualdade não é a que se trata hoje dentro dos direitos fundamentais (MELLO, 1993).

O cristianismo através da ideia de igualdade dos homens perante Deus concebeu a igualdade ontológica, assim como a própria dignidade humana é introduzida pelo

[Digite texto]

cristianismo. São Tomás de Aquino acrescenta aos conceitos de igualdade e liberdade, a dignidade humana, elemento frontal para a categoria dos direitos humanos. Apesar disso, há ainda a ideia de escravidão *per naturam* que é uma contradição à igualdade. Verifica-se, portanto, que a noção de igualdade sofre diversas mudanças no seu fundamento.

A Lei não é a modificação da sociedade, mas sim o reflexo dela. As diferenças servem para tornar o ordenamento criador de normas cada vez mais abrangentes, que respeitem as diversidades, à medida que conserva as igualdades. O Brasil é um país inundado de diferenças raciais, sociais e religiosas e por isso necessita de leis que admitam o indivíduo dentro de suas singularidades.

A igualdade como preceito magno traz em seu significado o dever de tratamento equânime aos indivíduos e também um nivelamento das pessoas, quer perante o aplicador da lei, quer perante o próprio legislador e até mesmo perante as mesmas oportunidades. A teoria Kelseana ressalta que o traço importante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei (limite da lei).

No sentido de igualdade formal, cabe à lei equiparar os indivíduos para que posteriormente possam exercer efetivamente seus direitos. Sendo assim a lei tem de eleger elementos diferenciais (em certos casos), para por fim, discriminar situações para cobrir as desuniformidades. Ressalta-se aqui a lei discrimina, situações excepcionais, sendo que tais desequiparações não podem ser de forma alguma fortuitas ou injustificadas.

Ademais, Celso Bandeira de Mello (1993) assevera três questões que devem ser analisadas quando há desrespeito a isonomia: primeiramente, o elemento tomado como fator, em segundo a correlação lógica entre critério de *discrimen*² e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado e por último, à consonância desta correlação com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Ademais, a lei não pode singularizar absolutamente seu destinatário. Pois, diante da igualdade material, há uma diferença muito tênue entre denotar tratamento diferencial a certas parcelas da sociedade e tratar desigualmente simplesmente por critérios sem valoração constitucional. O autor ressalta ainda que, a regra simplesmente geral nunca poderá ofender a isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário. A regra abstrata jamais poderá adversar o princípio isonômico valendo-se de individualização absoluta. A regra individual poderá ou não contrariar o princípio da igualdade na

² Termo utilizado na própria obra, que em nossa interpretação significa discriminação no sentido de seleção de caracteres cujo Estado deve tutelar de maneira diversa.

singularização atual absoluta do sujeito. A regra concreta será ou não harmonizável com a igualdade formal/ material.

Na igualdade formal, segundo Alexy (2008), a lei não tem que inserir todos os indivíduos nas mesmas categorias, nem tem a incumbência de que fazer com que todos (no limite de suas características naturais) se encontrem nas mesmas condições fáticas. Se a lei tivesse tais funções, a própria seria injusta e desigual. A própria natureza humana delimita certas diferenças, porém quando há a proteção de direitos de alguns (minorias) é necessário que ao diminuir as diferenças não se criem privilégios. Para o legislador tratar igualmente significa em primeiro plano normas que sejam universais e condicionadas.

O dever ser é expresso pelas normas jurídicas, através disso a igualdade na aplicação da lei é inerente às normas jurídicas válidas (desde as constitucionais às infraconstitucionais). Mas o princípio da igualdade formal não se finda apenas na aplicação, vincula também os órgãos de aplicação às normas criadas pelo legislador. Por outro lado, nada obsta que o legislador discrimine determinadas situações, desde que o aplicador observe-as na totalidade de casos que adentrem à sua legitimidade (ALEXY, 2008).

Além disso, quando se trata da igualdade na criação da lei é necessário vislumbrar que o legislador não deve tratar todos na mesma categoria, na medida em que não há igualdade natural (empírica) o suficiente entre as pessoas para que fosse possível nivelar a tal nível os seres humanos. É mister que haja um equilíbrio entre tratamento igualitário e diferenciação. Estes dois pontos de fundem quando o fator discriminatório e tem como causa e fim a própria igualdade formal (ALEXY, 2008).

A diferenciação será arbitrária e, portanto, proibida se não estiver acompanhada por um fundamento para tal. É perceptível que em muitas vezes a equiparação através na aplicação e criação da lei está intimamente ligada à própria ideia de justiça. É necessário que haja uma admissibilidade da diferenciação, bem como uma estrutura diferenciada das normas de tratamento igual. Nesse sentido, Alexy assevera:

A simetria entre norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos (ALEXY, 2008, p. 240).

A igualdade formal implica em sua aplicação e criação, um grau elevado de avaliações subjetivas através de juízos de valor. Porém, a igualdade material depende de ações estatais efetivas. É uma igualdade que pressupõe também um tratamento desigual, em certos casos, ao promover ações em torno de determinados grupos ou classes, trata os demais desigualmente, contrariando, muitas vezes, a própria igualdade jurídica (formal) (SOUZA, 2008).

A igualdade material é a que busca nivelar as pessoas no sentido de oportunidades maiores, mas conseqüentemente para que se alcance essa liberdade é preciso uma postura estatal como Estado Social.

É fato que todos possuem suas singularidades, mas a igualdade material busca diminuir as desigualdades no que tange a gozo e fruição de direitos, bem como sujeição a deveres. Porém os critérios utilizados para atingir essa almejada igualdade abarcam não só elementos jurídicos, como também metajurídicos. Busca-se, portanto, uma igualdade efetiva que denote ao indivíduo um amparo social por parte do Estado. A título de exemplo, pode-se citar a Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Esta lei demonstra nitidamente o amparo à igualdade formal. No entanto, para que se alcance a igualdade material são necessárias medidas de conscientização da população, campanhas e etc.

Nas democracias ocidentais, o princípio da igualdade material se insere nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais, quer imateriais. Assim é que, com freqüência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento intenso ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho.

A Constituição Federal brasileira elenca em seu art. 5º caput que todos são iguais perante a lei, sem distinção e acrescenta ainda a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, segurança, e propriedade privada. A expressão liberdade empregada no artigo refere-se a uma liberdade em sentido amplo, antes de ser uma liberdade de crença, religião, raça, sexual é primeiramente um princípio norteador de uma nação democrática e decorre fundamentalmente da própria condição humana, isto é, da própria dignidade humana.

A liberdade mais próxima do que atualmente conhecemos é fruto do pensamento iluminista do século XVIII. Porém essa visão iluminista de liberdade debruçava-se mais sobre as liberdades públicas (DIAS, 2005).

A liberdade ampla a qual menciona o texto constitucional é por um lado, uma liberdade de ações e abstenções e por outro, uma liberdade que limita as intervenções estatais na esfera individual. Sendo assim, Alexy menciona que a liberdade orientada pela dignidade humana ocasiona liberdades específicas com valoração positiva, porém, ocorre não a substituição de um princípio por outro, mas sim uma complementação. A liberdade jurídica consiste na permissão que o ordenamento dá aos indivíduos para agir negativamente ou positivamente. Para Hobbes, a liberdade estaria associada à ausência de obstáculos e resistência em torno do indivíduo, sendo assim, quando o soberano não descreve nenhuma regra vedando seu comportamento, o indivíduo age de acordo com sua própria discricionariedade (ALEXY, 2008).

A liberdade como termo subjetivo que é, sugere ao mesmo tempo vários tipos de liberdade: a física, a religiosa, a política, etc. Nesse sentido, a liberdade física, ou seja, agir sem delimitações externas é o primeiro conceito de uma liberdade geral que o homem elabora. A liberdade é de algum modo a suprema aspiração do homem, a metade dos esforços comunitários e pessoais (REALE, 1987).

Através disso, a ideia de liberdade torna-se inevitavelmente ligada à ideia de livre arbítrio, que é uma liberdade de escolha, uma autodeterminação.

Na idade contemporânea, o fenômeno da socialização e das suas consequências faz considerar a liberdade, sobretudo em perspectiva social.

O indeterminismo afirma que o homem é livre, através disso, a liberdade é uma faculdade paralela ao intelecto. Entretanto, a liberdade não é um atributo da própria humanidade como também é uma aspiração ontológica, mas não significa que seja uma apenas pertencente à ordem ontológica do *ser*, ela pertence ainda ordem teleológica do *dever ser*. A liberdade compara-se também à ideia de responsabilidade devendo o homem justificar a própria escolha (DIAS, 2005).

Outrossim, a proteção constitucional da liberdade vai além simplesmente de permissões. Abrange direitos a algo juntamente com normas objetivas que garantem aos seus titulares o arbítrio de ações permitidas. Toda liberdade que é protegida pelo estado (constitucionalmente) é uma liberdade enlaçada ao menos por um direito garantido, seja direto ou indiretamente.

Porém, o conceito de liberdade por ser envolvido por uma série de valorações. Abre margem para discussões acerca de até onde cabe ao Estado intervir na liberdade de seus pátrios. A respeito dessa discussão Robert Alexy (2008, p. 210) esclarece:

Contra a ideia de que as intervenções na liberdade negativa – por mais bem fundamentadas e por mais necessárias que sejam para a proteção de outras liberdades – continuam a ser aquilo que são, isto é, intervenções em determinado tipo de liberdade, e que, portanto, tem que ser fundamentadas, insurge-se a tese da “inter-relação entre direito e liberdade”, que põe em destaque “a acepção criadora e mantenedora de liberdades do direito e do legislador. Tais concepções devem ser censuradas em razão de uma diferenciação deficiente no âmbito do conceito de liberdade. Em quase nenhum outro conceito essas diferenciações são tão necessárias quanto no caso do conceito de liberdade. (...)

O direito geral de liberdade, ao ser inserido no estado global de liberdade vincula de um lado a relação do indivíduo com sua comunidade, e por outro lado garante ao indivíduo sua independência em relação a essa (ALEXY, 2008).

A postura estatal de proteção das liberdades está intimamente ligada à relação existente entre direito e liberdade, visto que, uma liberdade sem restrições e sem tutela, além de privar o indivíduo desta, adentra no direito de outrem. O direito como criador de liberdades através de legislação seria um equívoco, pois, a liberdade de ação (p.ex. a liberdade sexual) existe no mundo ôntico, independentemente de tutela jurídica. O que o direito e mais estritamente a Constituição busca é denotar a essas liberdades um sentido jurídico, para que, por sua relevância social, sejam instrumentos de limitação à atuação dos outros indivíduos, bem como limitação à intervenção na esfera individual.

O que Alexy (2008) trata como estado global de liberdade seria o Estado justo e não se dá apenas numa maximização de liberdades negativas. É necessário que haja para tal, uma liberdade contra intervenções, mas da parte de sujeitos hierarquicamente iguais; competências jurídicas para a participação da vontade coletiva; uma liberdade negativa social (sem situações de privação econômica); liberdade positiva e democrática no sentido de participação na comunidade política. A liberdade moderna, ao revelar a autonomia do indivíduo através de direitos e garantias denota uma defesa da participação do indivíduo na formação política da sociedade. Nesse sentido, a liberdade advém primeiramente, do sufrágio universal.

Nessa perspectiva, possuir liberdade é dispor de si, ou seja, o domínio de si, mas tal liberdade nunca é completa, pois, está em sociabilidade. Já a liberdade jurídica demonstra um

[Digite texto]

campo de autonomia no qual o sujeito pode atuar ou abster estando imune a imposições dos demais, sejam estes superiores ou inferiores.

3 - A união homoafetiva e dos direitos fundamentais homoafetivos

A Carta Magna não reconhece a união homoafetiva como demonstra o artigo 226 § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Entretanto, essa falha constitucional nada mais é do que reflexos de uma sociedade que mesmo convivendo cotidianamente com homossexualismo, prefere mantê-lo na obscuridade da lei por considerar essa orientação sexual completamente “anormal”. Maria Berenice Dias (2008) afirma que: “A prática homossexual acompanha a história da humanidade, pois era aceita na antiguidade clássica. O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões”. Essa visão da autora esclarece que a visão de anormalidade do homossexualismo é ocasionada muitas vezes por ser considerado pecaminoso.

A família como base da sociedade e como fenômeno social, surge independente do ordenamento jurídico, porém dado seu caráter essencial, o direito de família tem buscado dar amparo às novas modalidades de família. A família informal não é originada no casamento, pode advir de relações de parentesco distante ou de afinidade, assim sendo o direito de família continua objetivando amparar e proteger essas novas famílias (CZAJKOWSKI, 1996).

Neste trabalho, verificou-se que as violações constitucionais aos direitos homoafetivos não ocorre de forma discriminatória, a Constituição cala-se diante da união homoafetiva, mas também não proíbe expressamente tal união, ficando a cargo do magistrado a decisão. Porém falta de tutela específica se não é preenchida pelos princípios fundamentais do art.5º acarreta sim violação grave aos direitos homoafetivos.

O artigo 226 § 3º da Constituição Federal Brasileira contraria os direitos fundamentais em três pontos: o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção (art. 5º) e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art.5º, X). A dignidade humana é um direito natural e é violada quando o individuo é humilhado, perseguido ou alvo de preconceitos. Entrementes, deve-se observar que o respeito à isonomia não compete apenas à lei, mas a sociedade em seu todo. A Carta Constitucional brasileira contraria ainda a

[Digite texto]

Declaração de Direitos Humanos, pois, o documento não faz restrições de como deve ser constituído o matrimônio, apenas ressalta ser necessário a maioridade.

Na sociedade brasileira atual, as pessoas que compõem a família, o modo de se relacionar, a instituição familiar como um todo se modificou fazendo surgir o que pode ser chamado de família informal. Família informal é a família que se origina e subsiste sem o matrimônio.

A violação do princípio da igualdade é mais nítida quando se trata da falta de tutela específica (não no sentido de lei especial) aos direitos homoafetivos. A relação homoafetiva em nada difere da relação heteroafetiva a não ser no critério reprodutivo, porém na concepção atual de família no ordenamento jurídico brasileiro bem como na Constituição Federal de 1988 não há nenhuma referência ou exigência de que haja este critério para reconhecimento de uma união.

Portanto, o art. 226 não pode ser aplicado estritamente sem que se leve em conta os direitos fundamentais da igualdade e da liberdade. A demanda processual em torno do reconhecimento da união homoafetiva vem tornando-se cada vez maior, desde que o movimento em torno dos direitos dos homossexuais tem se intensificado. Os tribunais e os juízos de primeiro grau que deparam-se constantemente com a falta de tutela específica em torno da relação homoafetiva não estão mais considerando como anteriormente: como uma sociedade de fato. As decisões atuais têm sido a favor de uma equiparação da união homoafetiva à união estável heteroafetiva (CUNHA, 1999).

O direito previdenciário foi o que evoluiu mais rápido na tutela aos direitos dos homossexuais, como é o caso da pensão por morte, essa mudança de postura se fundamentou na grande necessidade que os homossexuais encontravam nos tribunais em reconhecer sua união, assim o INSS teve que regulamentar tal situação, pois, é inegável o laço de afeto e companheirismo que rege as relações homoafetivas, assim como ocorre nas heteroafetivas.

As leis brasileiras, de fato, não tutelam a relação homoafetiva, mas devido aos princípios magnos da isonomia e da liberdade a restrição imposta pelo art. 226 § 3º "... entre o homem e a mulher", torna-se irrelevante, visto que, tais princípios são de meritória importância.

Vale ressaltar que a liberdade e a igualdade são direitos fundamentais de primeira geração, e, portanto, inerentes à própria ideia de Estado Democrático. O reconhecimento e legalização das relações homoafetivas como entidade familiar permitiriam aos homossexuais

[Digite texto]

uma maior segurança jurídica, a tutela dos direitos homoafetivos não ficar apenas a cargo do Poder Judiciário que tem demonstrado uma mudança de postura em relação aos direitos homoafetivos.

Ao exercer seu vínculo afetivo com alguém do mesmo sexo que o seu, o homossexual está exercendo nada mais que a sua liberdade de orientação, não cabendo assim ao Estado intervir na vida privada de seus pátrios e convém facilitar o tratamento igualitário dessas relações.

A mudança constitucional referente aos direitos homoafetivos não deve ser feita com o intuito criador de normas favorecedoras ou específicas a esse grupo, mas com a equiparação de direitos entre homo e heterossexuais (DIAS, 1999). O Estado brasileiro deve através de uma legislação clara, aquiescer aos homoafetivos autoconfiança e independência.

Contudo, a falta de lei que ampare a relação homoafetiva vai além da união conjugal, visto que os direitos perdidos pelo parceiro decorrentes dessa falha são inúmeros: dentre eles, o direito à sucessão, à previdência, à divisão de bens em caso de separação. Diante disso, algumas jurisprudências iniciaram uma interpretação das leis baseadas nos direitos fundamentais, pois as uniões afetivas possuem todas as características de uma união estável, exceto a exigência de ser uma união entre homem e mulher.

Diante da falta de previsão constitucional da união estável homoafetiva (o que não significa uma lacuna, mas sim que o legislativo deve legislar a respeito), o Superior Tribunal de Federal diante do julgamento da ADI 4277 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) - ajuizadas respectivamente pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo governo do Rio de Janeiro - decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva (STF, 2011).

A ADI 4277 objetivou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os direitos e deveres das uniões estáveis fossem estendidos às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já a ADPF 132 declarou o descumprimento dos preceitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

O ministro e relator Ayres Britto que deu parecer favorável disse que o art. 1723 do Código Civil que reforça o art. 226 da Carta Constitucional comporta diversas interpretações e uma interpretação que contraria os direitos de igualdade e liberdade é portanto,

[Digite texto]

completamente contrário à Constituição. Argumentou ainda que o orientação sexual bem como o próprio sexo não são motivos para desigualação jurídica.

Outrossim, nesse trecho, o Ministro demonstra que não há motivos para que não seja permitida a uniao estável homoafetiva:

12. Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da minoria ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidos nas instancias políticas majoritárias. Afinal uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias (STF, 2011).

Como foi destacado anteriormente, uma das funções dos direitos fundamentais assinaladas por Canotilho, é a de não-discriminação, que como sublinha o autor acentuando a função de não discriminação dos direitos fundamentais, alguns grupos defendem uma efetivação plena de igualdade jurídica numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (como aliás, são as sociedades atuais). Dada tal função primordial dos direitos fundamentais, é incompatível tratamento diferenciado das relações heterossexuais às relações homossexuais.

Cabe salientar que os direitos fundamentais homoafetivos ligam-se diretamente aos direitos sexuais (porém não se restringem a estes). Assim, de acordo com Roger Raupp Rios (2007) os argumentos contra um direito democrático da sexualidade se resumem em: a) um argumento procedimental, no qual, se a maioria da sociedade rejeita determinadas orientações sexuais, então uma decisão contrária ofenderia completamente a vontade democrática, sendo que, tal argumento viola os direitos humanos, que tem em um de seus propósitos a defesa da minoria em relação à maioria que a estigmatiza; b) o argumento moralista, que afirma que tais direitos sexuais não seriam exatamente direitos por contrariarem a moral c) o argumento biomédico patologiza identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas (RIOS, 2007).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2011), demonstra que o Poder Judiciário brasileiro está evoluindo com as mudanças familiares aqui ocorrentes e assevera também que o art. 226 § 3º não deve ser interpretado de maneira restritiva, já que, se interpretado desse modo estará violando os direitos fundamentais dos homoafetivos.

Desse modo, quando a ação civil foi ajuizada em primeira instância o magistrado alegou que faltaria uma das condições do processo, a possibilidade jurídica do pedido. Porém [Digite texto]

o STJ não entendeu assim porque não há previsão constitucional expressa de proibição ao casamento homoafetivo, o que há é uma caracterização de que a união estável é entre homem e mulher, mas sem nenhuma vedação à união homoafetiva.

A análise da decisão foi feita com base no voto do relator o Senhor Ministro Luís Felipe Salomão, já que é o eixo que segue a decisão final do tribunal. Por outro lado, ao Estado não cabe interferir na vida de seus cidadãos, dessa maneira não aceitar a regulação da união entre pessoas do mesmo sexo, além de ferir o princípio fundamentador do ordenamento jurídico que é a dignidade humana, impossibilita fundamentalmente a realização do indivíduo homossexual (BORILLO, 2009).

Através disso, a própria Constituição Federal de 1988 ao pretender tutelar os direitos de seus pátrios, não demonstrou de forma alguma vedação às novas caracterizações de família, pelo contrário, afirmou ainda mais o importante quando se trata de relações familiares é o afeto e não o laço consanguíneo. A família tradicional, fundada no casamento (civil ou religioso) não está sendo descaracterizada por isso, mas sim estão surgindo várias formas de família com suas próprias singularidades. Assim o Estado deve regular todas essas relações intrafamiliares, já que a família é o núcleo básico e central de toda a estrutura social (CZAJKOWSKI, 1996, p. 23).

Fica claro que para a Constituição de 1988 o importante é tutelar o núcleo familiar que possui tamanha importância para o Estado e para a sociedade em si. Como ressalta Salomão, o relator, a maior segurança jurídica às famílias só pode ser confirmada através do casamento civil:

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. (STJ, 2010).

Além do critério da diferença sexual (se levado em conta) não há motivos para que o juiz julgue improcedente o pedido. Os homoafetivos buscam a regularização das suas relações afetivas para que possam também ser respeitados como entidade familiar, assentada no afeto, no companheirismo e no respeito. Tais características não se ausentam nas relações homossexuais, sendo assim não há fundamento para que lhes seja negado o direito de unir-se em matrimônio. A sexualidade não pode jamais ser alvo de tratamento desigual por parte do direito, como ressalta o relator:

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (STJ, 2010).

A estrutura familiar de forma alguma é abalada com os avanços dos direitos homoafetivos, o que pode ocorrer sim é uma mudança conceitual, puramente teórica, o que já ocorreu, aliás, diversas vezes no Direito de Família. É fato que ainda existem muitas pessoas que demonstram preconceito diante da relação homoafetiva, porém a concepção de alguns não deve ser motivo para que sejam negados direitos a outros.

Enquanto o Poder Legislativo se cala diante das situações expostas, o Judiciário e mais precisamente o STF (como guardião da Constituição) e o STJ (como) assumem a postura que realmente defende os direitos e garantias fundamentais dos homoafetivos. Por fim, o relator conclui que:

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. É como voto (STJ, 2010).

Nas sociedades contemporâneas, mais exatamente na brasileira, muitas vezes práticas (anti) democráticas fazem com que os direitos sexuais esperem na fila de distribuição de liberdades. Apesar de existirem tendências históricas relacionadas à regulação jurídica da sexualidade, não há em nenhuma delas referência aos direitos sexuais. Porém, observando-se

[Digite texto]

os direitos humanos e a moderna teoria dos direitos fundamentais a falta de referência a tais direitos não significa a inexistência jurídica destes (LOPES, in RIOS, 2007).

O Brasil, como uma sociedade democrática e laica, regida pelo liberalismo deve garantir a não-discriminação, além de prever instrumentos capazes de garantir o respeito a essa diversidade, enlaçando esta aos demais princípios magnos da igualdade, liberdade e dignidade humana. A problemática está no fato de que a identidade nem sempre significa a reconhecimento e a garantia de suas consequências, como é o caso da adoção por casais homossexuais, ou mesmo a própria união homossexual BUGLIONE in RIOS, 2007).

Acerca da intolerância sexual Raupp Rios (2007) ressalta que “A intolerância viola o direito à existência simultânea das diversas identidades e expressões da sexualidade, que é um bem comum indivisível”. Através disso, o tratamento intolerante não atinge apenas à vítima de tal tratamento, isto é, não relaciona a uma condição peculiar da pessoa, como ocorre na discriminação. Os crimes de ódio como a homofobia atentam contra a própria convivência democrática (RIOS, 2007).

Como visto, não há mais compatibilidade entre a visão constitucional de família, e a ideia de uma família patriarcal, baseada na idéia tradicional de casamento. Mas isso não significa que o casamento não possui importância na formação da família, o casamento possibilita sem dúvida uma maior proteção das relações familiares. Então porque não denotar a devida proteção à família homossexual? Como foi demonstrado por tais decisões não existe motivo algum para tratamento desigual, o que deve ser levado em conta é o princípio isonômico e a liberdade, uma liberdade que não adentra nem ofende a liberdade de qualquer outro indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ARAÚJO , L.A.D.; NUNES. V. S. JR. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORILLO, D. A Homofobia. In: LIONÇO, T; DINIZ, D.(Org.) **Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: UnB, 2009.

[Digite texto]

BUGLIONE, S. **Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas da América Latina e Caribe.** In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUNHA, G.L.A.; MOREIRA J. A. M. M. **Os Efeitos Jurídicos da União Homossexual.** Porto Alegre: Datacerta, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96.** 1. Ed. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, J,F, de A. **Fundamentação onto-teleológica dos Direitos Humanos.** Maringá: Unicorpore, 2005.

DIAS, M. B. **União Homoafetiva: o preconceito & justiça.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A vontade de saber.** São Paulo: Graal, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres.** São Paulo: Graal, 2009.

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/inc_social_lgbtt/Julgados_LGBTT/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo, 2010.pdf

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TPdescricao=ADI%20F4277>. Acesso em:22/10/2011.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249. Acesso em 22/10/2011.

LOPES, J.R.de L. **Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna.** In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MELLO, C. B. de. **Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

REALE, Miguel. **Liberdade e democracia: Em torno do anteprojeto da comissão provisória de estudos constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1987.

RIOS, R.R. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação.** In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

[Digite texto]

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Safe, 2004.
SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS, Ana Cristina. **Heteroqueers contra a heteronormatividade: notas para uma teoria queer inclusiva**. In: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/239/239.pdf>. Acessado em 21/2/2011.

SOUZA, I. M. C. C. de. **Homossexualismo, Uma Instituição Reconhecida em Duas Grandes Civilizações**. . In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (Org.). **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Curitiba: Juruá: 2008.

USSEL, Jos Van. **Repressão sexual**. Tradução Sonia Alberti. Rio de Janeiro:Campus LTDA, 1980.