

A OMISSÃO LEGAL COMO FORMA DE EXCLUSÃO

Gisseli Giovana Pereira de Moraes Bueno*

Taís Nader Marta**

RESUMO

Na sociedade contemporânea percebe-se uma grande evolução nos costumes e nos conceitos de moral. Está havendo uma maior tolerância e lentamente o direito de autodeterminação sexual, fundado dentre outros na tutela do direito da personalidade, vem mudando o modo de enfrentar as relações entre pessoas do mesmo sexo.

O que não se encaixa nos padrões deixa, aos poucos, de ser rejeitado pelo simples fato de ser diferente. O que era considerado “anormal” passa a ser considerado “normal”. Assuntos que eram sutilmente proibidos hoje parecem estar na moda e passam a ser debatidos abertamente e com naturalidade em telenovelas, revistas, jornais e cinema.

Mas esse ainda é um assunto polêmico no país. Aqueles que ainda sustentam posturas mais conservadoras costumam explicar a homoafetividade como uma anomalia. Algumas religiões também se posicionam condenando esse comportamento sexual.

A Constituição da República Federativa do Brasil, até como uma demonstração de deferência com o cidadão brasileiro, consagrou os direitos à igualdade e à livre manifestação do pensamento. Independente da religião, da raça, do sexo, da idade, da orientação sexual, dos valores defendidos e da ideologia é muito proveitoso para a construção e fortalecimento de nossa democracia a existência de debates como esses.

O que não é desejável, e se revela um ato de intolerância social, é a atual posição do Estado brasileiro que simplesmente trata de maneira indiferente esse assunto. A união de pessoas do mesmo sexo é uma realidade que não pode mais ser tratada de maneira omissa.¹ Num momento em que a própria sociedade debate as diversas questões tão polêmicas que envolvem esse tema e clama por soluções justas para garantir uma adequada tutela jurídica isso é intolerável.

* Mestranda em Direito Constitucional na Instituição Toledo de Ensino - Bauru

** Mestranda em Direito Constitucional na Instituição Toledo de Ensino - Bauru

¹ Sob o lema "Parceria Civil Já. Direitos Iguais: Nem Mais, Nem Menos", a nona Parada do Orgulho GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros) reuniu quase 2 milhões de pessoas nas ruas de São Paulo no dia 02 de fevereiro de 2008.

PALAVRAS CHAVES: PRINCÍPIO DA IGUALDADE, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, UNIÕES HOMOAFETIVAS, PRECONCEITO, JUSTIÇA.

ABSTRACT

In contemporary society perceives to be a big trend in costumes and the concepts of morality. Is there a greater tolerance slowly and the right to sexual self, founded among others in the custody of the right of personality, is changing the way to deal with the relations between people of the same sex.

What does not fit in the pattern leaves, gradually, to be rejected by the simple fact of being different. What was considered "abnormal" will be considered "normal". Affairs that were keenly banned today seem trendy and shall be discussed openly and with naturalness in soap operas, magazines, newspapers and cinema. But this is still a controversial issue in the country. Those who still maintain more conservative postures usually explain the homoafetividade as an anomaly. Some religions also stand condemning the sexual behavior.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil, even as a demonstration of deference to the Brazilian citizen, has the rights to equality and free expression of thought. Regardless of religion, race, sex, age, sexual orientation, the values upheld and ideology is very useful for building and strengthening of our democracy that there are debates like these.

What is not desirable, and it is an act of social intolerance, is the current position of the Brazilian state that simply deals with how indifferent this². The union of persons of the same sex is a reality that can no longer be treated in a manner missing. At a time when society itself debate the various issues as controversy involving this issue and calls for fair solutions to ensure an adequate legal guardianship that is intolerable.

KEY WORDS: PRINCIPLE OF EQUALITY, PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY OF PERSON, UNIONS HOMOAFETIVAS, PRECONCEITO, JUSTICE.

² Under the motto "Partnership Civil: Equal Rights: No More, Not Less," the ninth parada of the GLBT Pride (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered) brought together almost 2 million people in the streets of São Paulo on the day 02 February 2008.

DESENVOLVIMENTO

O fim do Estado brasileiro é, conforme a nossa Constituição Federal, a realização do bem comum, com a criação de uma sociedade livre justa e solidária, sem distinção de qualquer natureza (artigo 3º, *caput* e incisos I e IV).

As polêmicas questões acerca dos aspectos jurídicos das uniões homoafetivas, como por exemplo, o questionamento quanto ao enquadramento destas uniões como uma espécie de entidade familiar (união estável) ou a possibilidade de inserção no direito obrigacional (como sociedades); à adoção, o direito previdenciário e o direito sucessório devem ser regulamentadas.

Em algumas situações é nítida a discriminação em razão da orientação sexual da pessoa envolvida, pois na maioria das vezes lhes é negado direitos que a todos deveriam ser concedidos.

Há situações que, embora semanticamente incluídas na norma de direito fundamental, não acham nela proteção. O direito, então, simplesmente não existe. Daí a necessidade do estudo dos comportamentos e das realidades da vida que estão abrangidas no direito fundamental, tarefa que nem sempre se mostra simples, já que as normas de direitos fundamentais podem apresentar indeterminações semânticas e não ter o seu próprio suposto de fato bem delineado. Os problemas daí advindos podem ser ilustrados com questões cotidianas, como os elevados índices de assassinatos contra homossexuais que atualmente existe no Brasil.³

No mundo moderno, principalmente em países de origem romano-germânica, considera-se que a melhor maneira de se trabalhar para o desenvolvimento do direito para chegar às saídas de justiça é a lei. René Davi expressa esse entendimento em sua obra *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*⁴:

“Trabalhar para o progresso e para o primado do direito continua a ser tarefa ingente da coletividade dos juristas, mas, nesta tarefa de todos, o papel do legislador, no mundo atual, é preponderante. Este ponto de vista harmoniza-se com o princípio da democracia; justifica-se, por outro lado, pelo fato de os organismos estatais e administrativos estarem indubitavelmente mais bem colocados que quaisquer outros, para coordenar os diversos setores da vida social e distinguir onde se encontra o interesse comum. Finalmente, a lei, pelo rigor de redação que

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*.

⁴ DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 119.

ela comporta, parece ser a melhor técnica para enunciar regras claras, numa época em que a complexidade das relações sociais obriga a conferir prioridade, entre os elementos de uma solução justa, às preocupações de precisão e clareza”.

A Organização das Nações Unidas, em 1948, firmou o Direito da Igualdade entre todos os homens e mulheres, este foi um marco inicial para que todas as Constituições que se qualificam como democráticas passassem a usar a expressão de dignidade humana, como sendo um bem inerente de qualquer ser humano, um Princípio supremo e intocável, tornando-se obrigatório e necessário o respeito e a tutela desse bem maior de cada indivíduo pelo poder público⁵.

A dignidade da pessoa humana encontra-se diretamente atrelada em todos os pontos do ordenamento jurídico ao regulamentar os direitos e deveres bem como as relações entre cidadãos. Os direitos fundamentais são parâmetro para aferição do grau de democracia de uma sociedade.

É uma grande contradição a nossa sociedade, democrática, tolerar atos de exclusão social, ou o que é ainda pior, exclusão da lei. Essa indiferença apresentada pelo legislador que sequer aborda o assunto, como se inexistente fosse, trata-se de real desrespeito aos direitos humanos bem como uma afronta ao Princípio da Dignidade Humana.

Ao se falar dos Princípios Fundamentais elencados pela Constituição Federal, temos como Princípio basilar, o da dignidade humana, do qual decorrem vários outros Princípios estruturantes do ordenamento jurídico nacional, dentre eles podemos citar o Princípio da Liberdade e da Igualdade do indivíduo como ser humano entre outros que como estes, consideramos princípios éticos⁶.

Entende-se, portanto, que a Constituição Federal proclama que a todos os cidadãos é assegurado o direito de igual tratamento pela lei, vedando-se, desta forma, discriminações absurdas e com fundamentos preconceituosos. Deve-se buscar sempre a efetivação dos direitos de cada indivíduo da sociedade para que desta forma, possa se alcançar a justiça dentro da realidade de cada caso concreto, na medida das desigualdades apresentadas pelos indivíduos, dando assim, a real efetividade dos direitos do ser humano e atingindo o objetivo da sociedade, qual seja o bem comum.

5 PEREIRA Rodrigo Cunha. *Princípios Norteadores do Direito de Família*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.99.

6 PEREIRA Rodrigo Cunha. *Princípios Norteadores do Direito de Família*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.94.

Torna-se necessário, portanto, o total desprendimento de qualquer espécie de preconceitos, bem como a imparcialidade do operador do direito no que diz respeito ao assunto analisado, até porque, a homossexualidade é um fato concreto e existente nos diversos meios de nossa sociedade.

Para a medicina o homossexualismo foi, durante muito tempo, considerado uma doença. A Classificação Internacional das Doenças – CID nº 9 – classificava como um “transtorno mental”. No entanto, em 1995 houve uma alteração de nomenclatura e o homossexualismo passou a contemplar um “modo de ser”. Atualmente é considerada uma opção do indivíduo que tem suas preferências sexuais direcionadas a pessoas do mesmo sexo que o seu.

Cabe ressaltar que a medicina continua buscando formas de auxiliar os homossexuais na medida em que desmistifica a condição de doença e reforçando o entendimento que não se pode discriminar alguém que dirige a opção sexual a pessoa do mesmo sexo, pois os seres humanos possuem a liberdade de escolha de seu par.

De acordo com Alexandre de Moraes *“igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclamam”*⁷.

Neste sentido, podemos entender que toda norma constitucional, bem como todas aquelas englobadas no ordenamento jurídico nacional, devem estar em conformidade com os valores invocados pela Constituição, valores estes previstos nos seus Princípios basilares, que são seus fundamentos e objetivos da nação.

Da mesma maneira que uma norma não deve ser recepcionada quando se encontrar em contradição com os fundamentos da Constituição do país, não podem ser aceitas determinadas omissões que causem atos de marginalização social. Nesta linha de pensamento Candice de Vernandes Vasconcellos Pedroso Grams Gentil Fernandes:

“Em face da realidade atual, há que se levantar a bandeira contra o preconceito e a hipocrisia, tirando a cidadania do armário e desnificando-a. Somente o enfrentamento mudará a realidade, transformando a contextualização esta minoria, que devera ser protegida e amparada pelo ordenamento jurídico. Considerando a eterna luta do homossexual com sua identidade biológica, o preconceito deve ceder espaço à tolerância e igualdade de cidadania, posto que seres humanos independente

7 MORAES, Alexandre – Direito Constitucional, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2000, p. 63.

de sua orientação sexual, merecem amparo legal, da mesma forma que os índios, negros, mulheres e demais minorias sociais”⁸.

Nesse passo, omissão da lei, por si só já se torna inconstitucional, por afrontar diretamente os Princípios da Liberdade e da Igualdade do cidadão brasileiro, bem como estar presente nitidamente a discriminação destas pessoas, pelo fato de terem uma orientação sexual diferenciada daquela que se padronizou pela sociedade como a adequada.

Como já salientado, não se pode descartar que uniões entre pessoas do mesmo sexo são existentes na nossa sociedade e essa atitude do legislador, de se calar a respeito do assunto, afeta diretamente, em vários aspectos, o Direito da Dignidade Humana, privando muitos indivíduos de gozar de seus direitos, estes que, por sua vez, lhes são assegurados como Princípio maior do Estado.

Não pode a preferência sexual da pessoa ser motivo de tratativa desigual de quem escolhe sob pena de estar infringindo o Princípio da Isonomia previsto na Constituição Federal vigente. Todos possuem a liberdade de optar e se o cidadão que se une com uma pessoa do sexo oposto nada sofre e outro recebe repúdio social por conduzir seu gosto a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função de sua opção sexual.

A percepção clara da eficácia vinculante e da força imediata dos direitos fundamentais, bem como da sua posição hierarquicamente superior frente às demais normas jurídicas, torna evidente a conclusão que o cidadão brasileiro possui plena liberdade na adoção de sua orientação sexual e que não pode o ordenamento jurídico retirar quaisquer tipos de direitos e deveres sob o escudo de um formalismo legal.

Desta feita, quando encontramos expresso no texto constitucional o objetivo de *promover o bem de todos*, implícita está o Princípio da Igualdade, pois na palavra “todos” incluem-se homens e mulheres independente da sua orientação sexual, englobando portanto heterossexuais e homossexuais, já que não pode ser levada em consideração a sexualidade do indivíduo para considerá-lo passível de tratamento diferenciado.

A sexualidade encontra-se no mesmo patamar da liberdade e da igualdade, por se tratarem de direitos naturais, inerentes do ser humano, direito este que deve ser

⁸ FERNANDES, Candice de Vasconcellos Pedroso Grams Gentil. *Direito das minorias*, p.196.

respeitado, conforme previsto no artigo 5º, X da Lei Maior⁹, que assegura a inviolabilidade do direito a intimidade e a vida privada.

Assim, é preciso haver uma maior conscientização de que os homossexuais – que são constantemente vítimas de discriminações por motivo de orientação sexual – também gozam de proteção constitucional.

Concluimos, portanto, que com a referida omissão ocorre o real tratamento diferenciado pela orientação sexual, o que reflete diretamente na liberdade, na igualdade e no reconhecimento do indivíduo que como ser humano é consequentemente passível de todos os direitos supra mencionados. Embora não exista na Constituição brasileira proibição expressa de direitos, qualquer forma de discriminação deve ser combatida, inclusive o descaso.

Se o direito a identidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual, melhor dizendo: o direito a homoafetividade. Portanto, a relação homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental¹⁰.

⁹ O artigo 5º, X da Constituição Federal determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *A sexualidade vista pelos tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey - 2000, p. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência na sociedade contemporânea de inúmeras situações que envolvem homossexuais requer uma abordagem jurídica que analise as discriminações motivadas na orientação sexual, dada a intensidade e a gravidade que decorrem das diferenciações nestes domínios de realidade.¹¹

O direito não pode determinar ou regular os sentimentos. No entanto, tem a obrigação de regulamentar as relações entre os indivíduos. Portanto se o afeto gerar relações entre pessoas, estas sim por sua vez deverão ser matérias passíveis de prestígio, reconhecimento e de proteção legal.

Discutir juridicamente a diferenciação e o tratamento em virtude de orientação sexual implica indagar o conteúdo, a função e as conseqüências do Princípio da Igualdade. Implica, também, na constatação de conceitos de igualdade e desigualdade diante de casos concretos, à luz de condições culturais que cada pessoa, grupo e Estado constrói. Verifica-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro demonstra o quanto é difícil avançar na concretização do Princípio da Igualdade, perpetuando assim o ambiente de discriminação e violência que comprometem a força normativa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, indispensável para o convívio social.

Uma sociedade efetivamente inclusiva e solidária deve propiciar a dignidade, que é inerente à pessoa humana. A mais atroz conseqüência dessa atual maneira de agir omissiva do Estado brasileiro é a perpetração de grandes injustas. Convicções pautadas apenas em preconceitos não devem continuar sendo suficientes para marginalizar tantos brasileiros que estão em busca de sua própria identidade e merecem, junto com a legalização de seus direitos, encontrarem a felicidade. Todos os indivíduos devem ter como garantia não apenas serem meramente aceitos, mas também que se proporcione a integração de todos os cidadãos com políticas de tolerâncias positivas.

As injustiças praticadas contra homossexuais ainda são evidentes na sociedade brasileira, que precisa encontrar algumas soluções vez que o Direito deve enfrentar esse problema de forma coerente e justa.

¹¹ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*.

Os homossexuais não podem ser encarados como uma fração marginal da sociedade ou um grupo fragilizado que carece de cuidados especiais do Estado. Eles apenas necessitam do mesmo que todos os cidadãos: um tratamento isonômico e o respeito aos direitos concedidos pela *Lex Major*.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília , 2002. Material da 2ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDO – REDE LFG.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERNANDES, Candice de Vasconcellos Pedroso Grams Gentil. **Direito das minorias**. Coordenação Elida Séguin. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas S.A, 2002.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, uma abordagem psicanalítica**. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual (A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.