
O direito à orientação sexual como direito fundamental e sua proteção pelo poder judiciário brasileiro

The right to sexual orientation as a fundamental right and its protection by the Brazilian Judiciary

Jailton Macena de Araújo

Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande. Pesquisador em Direitos Humanos.

Robson Antão de Medeiros

Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: As pessoas homossexuais, insatisfeitas ou lesadas em face da omissão ou do descaso do Estado (ou quanto aos particulares) relativamente aos direitos afeitos a orientação sexual, têm buscado no Poder Judiciário a arena para suprimir ou para afastar os preconceitos que, diurnamente, as sucumbem. É, pois, nesta ótica, que as hipóteses de proteção afirmativa por parte do Poder Judiciário brasileiro têm reconhecido, de modo majoritário, efeitos jurídicos às relações entre pessoas de mesmo sexo e, por via direta, o efetivo respeito à livre orientação sexual, tudo sob o fundamento constitucional da dignidade humana.

Palavras-chaves: Direito à Orientação Sexual; Direitos Humanos; Direito e Gênero.

1. Introdução

As transformações sociais pelas quais passam a sociedade brasileira têm exigido do legislador e, principalmente, dos tribunais a reforma substancial no entendimento de determinados institutos jurídicos essenciais para a evolução da função social do direito, da família e, principalmente, dos direitos e das garantias da pessoa humana.

Sendo assim, resta concentrado, na atuação judicial, o foco da presente abordagem, com o intuito de, analisando certas decisões judiciais nas searas trabalhista, previdenciária, eleitoral, civil (em particular, de família), a fim de reconhecer ações protetoras dos direitos individuais dessas minorias que se socorrem à tutela estatal.

Buscar-se-á reconhecer, direta ou indiretamente, o direito à sexualidade como direito fundamental do ser humano, inerente ao direito à personalidade, a partir do qual se respeita o direito à liberdade, tal como consentâneo ao direito de ser diferente.

O acesso à justiça, como garantia de se construir a sociedade digna e justa, na qual se possa afirmar que há o respeito aos direitos subjetivos, propicia a garantia de questionar as formas por que direitos humanos econômicos, sociais e culturais são violados ou ameaçados de violação.

Dessa maneira, o Poder Judiciário pode, prontamente, dar respostas aos clamores da minoria discriminada e também alvo de preconceitos vários – que deseja ver aplicados os preceitos constitucionais de garantia e de promoção das suas liberdades para o pleno desenvolvimento da dignidade. A omissão legislativa apontada no decorrer deste trabalho justifica o dever do Judiciário em atuar como provedor dos direitos fundamentais em todos os seus aspectos.

Ao se promover a superficial retrospectiva em fatos e em proteções (ou sua ausência) do passado bastante próximo, pode-se reconhecer como a força religiosa, onde Estado e Igreja confundiam-se, de modo a relegar ao esquecimento o direito de pessoas homossexuais. Portanto, colimava-se ao verdadeiro dogma intransponível o forte preconceito a tudo o que era considerado diferente e sendo, por isso, considerado amoral e pecaminoso.

Com o arrefecimento das ligações entre o Estado e a Igreja Católica, as definições morais tomaram o cunho mais humanizado e aproximado do respeito jurídico que deve ser verdadeiramente dispensado pelo Estado Democrático de Direito, regido por leis próprias.

A afetividade humana foi elevada ao status jurídico anteriormente inimaginável, o conteúdo axiológico das relações afetivas passou a ser muito mais determinante para a superação dos preconceitos e a construção da verdadeira

sociedade justa e solidária que promove o bem de todos, sem preconceitos de qualquer tipo.

2. A dignidade da pessoa humana como fonte de proteção ao direito à orientação sexual

Assenta-se, hodiernamente, a sociedade brasileira no padrão de evolução social em que se busca a realização dos direitos subjetivos, passando estes a terem muito mais importância. As temáticas antes esquecidas pelos preconceitos buscam o posicionamento estatal e exige da sociedade aceitação.

Surge, pois, o direito à sexualidade, principalmente tomado como direito à autoafirmação e interligado ainda ao direito à intimidade, os quais, necessariamente, deságuam na necessidade de realização pessoal do ser humano.

Com a (r)evolução dos costumes e em face da construção de novos valores consolidados pela massificação dos meios de comunicação, de novas formas de informação e pela informática, a livre orientação sexual deixou de ser assunto proibido e hoje é enfrentada abertamente, pois retratada de forma explícita nos filmes, nas novelas e na mídia em geral.

O princípio da isonomia tem a sua efetiva aplicação e reconhecimento quando o Poder Judiciário bem maneja a hermenêutica constitucional, de modo a equiparar ou a diferenciar a heterossexualidade/homossexualidade, bem assim buscar a minimização de toda discriminação, de forma reconhecer a legitimidade das relações homoafetivas ou a realidade das pessoas homossexuais como realidades equivalentes às relações que são construídas pelas pessoas heterossexuais (na medida de sua igualdade/desigualdade).

Entretanto, alguns julgadores de formação jurídica e moral manifestadamente formalista, religiosa e, particularmente, preconceituosa tentam

imprimir a concepção da heterossexualidade como padrão legítimo, moral e normal de conduta, além de confortável parâmetro de identificação, em detrimento da homossexualidade a qual designa, neste ponto de vista, como desvio de conduta e do estigma de identidade marginal, como se as pessoas homossexuais não fossem dignas de ter os seus direitos protegidos.

Ao se considerar as necessidades destes grupos discriminados, composto por pessoas que têm orientação sexual diferente da “convencional”, tem-se em conta que a interpretação e a aplicação da lei e da Constituição Federal de 1988 devem ser guiadas pelo respeito irrestrito à tutela da dignidade da pessoa humana.

Conforme exposto por Luis Afonso Heck (*in* RIOS, 2002, p. 13), cabe ao legislador e às decisões judiciais, nas quais se apresenta posição decidida de combate à discriminação social, o papel saneador nos âmbitos sociais que estão subtraídos à influência estatal direta, para que sejam incluídos e tenham os direitos resguardados.

Portanto, é neste sentido de influenciar nas relações sociais, através da hermenêutica da lei ou da observância a princípios constitucionais próprios relativamente ao direito à sexualidade, que o Estado pode efetivar as ações afirmativas como meio mínimo de proteção, razão pela qual o Poder Judiciário apresenta condições de tutelar a legitimidade do ordenamento jurídico quando objetiva a concretização da justiça social.

Para Dias (2006, p. 73), indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício desta pelo que passa, atualmente, a compreender tanto a liberdade sexual como a liberdade à orientação sexual.

Como bem lembra Raupp Rios (2002, p. 123-130), a diversidade sexual, embora ainda considerada, por certos movimentos sociais hostis, como forma de comportamento pevertido, deixou de ser a referência freudiana tomada a partir de casos exemplares para tornar realidade cotidiana no mundo atual.

Quando a palavra de ordem é cidadania, aliada à inclusão social, uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com a cruel discriminação a que sucumbem as pessoas homossexuais (DIAS, 2006, p. 24).

Imperiosa é a normatização dos vínculos afetivos quando se trata de pessoas homossexuais, isso com a atribuição de direitos, em especial, pois, apenas com a tutela legal se nivelarão as relações sociais sem que o entendimento de determinado aplicador acabe por espoliar de direitos qualquer indivíduo.

Desta mesma maneira, injustificável aponta-se a omissão do legislador, oportunidade em que a feitura legislativa neste sentido torna-se curial, uma vez que preenche o espaço da definição de valores criados pelos seres humanos, além de vincular a magistratura no afã de julgar os casos concretos.

Outrossim, cabe ressaltar que é a dignidade da pessoa humana e a sua positivação no direito brasileiro que acabam por compor os valores fundamentais, os quais servem de modelo para as construções jurisprudenciais, especialmente, no que se refere a proteção do direito à sexualidade.

Como o direito raramente antecipa-se aos fatos sociais, cabe ao Poder Judiciário solver os conflitos que lhe são trazidos, atentando aos princípios fundamentais vinculados pela ordem constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana.

A neutralidade deve então ser reafirmada como guia para a construção da sociedade livre de preconceitos e do Estado protetor da dignidade dos cidadãos como o conjunto social detentor de direitos. É deste modo incabível que convicções de ordem subjetiva do julgador o impeçam de atribuir efeitos jurídicos à situação, a determinadas relações sociais, pelo só fato de serem minoritárias, sob pena de serem relegadas à margem da juridicidade.

Nesta senda, os atuais conflitos da sociedade são vislumbrados sob a perspectiva da possível solução quando se adota o ideal de justiça social, possibilitando à magistratura brasileira, em particular, a reafirmação constitucional de engajamento social em prol da promoção dos direitos humanos.

Deste ponto de vista, o Poder Judiciário é cobrado para adotar nova postura ética e jurídica no seu mister de pacificação social, de forma a cumprir os fins constitucionais e, efetivamente, promover a cidadania, isso sem massacrar os princípios processuais, em especial o devido processo legal.

3. A interpretação dos tribunais brasileiros acerca do direito à orientação sexual

Imprime-se à discussão sobre as funções do Poder Judiciário na efetivação da ordem jurídica justa, notadamente, no que tange à cidadania das pessoas homossexuais, bem como de outros grupos marginalizados, requerendo que referido poder promova, no ordenamento brasileiro, a transformação jurídica pautada no reconhecimento e na proteção à diversidade, como garantia de que os direitos deste grupo sejam salvaguardados, especialmente o direito à orientação sexual.

3.1. Do acesso a justiça como garantia de proteção aos direitos fundamentais

Faz-se crucial que seja mencionada a lição de Dias (2006, p. 75), para quem a orientação sexual se reveste pela atração sexual e/ou conduta sexual direcionada para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual) e que deve ser assegurada e resguardada pelo Estado.

À conta desta proteção às minorias, Celso Campilongo (2005, p. 33) já afirmou, categoricamente, que:

[...] especialmente os setores mais fragilizados da sociedade – com menos capacidade de conflitos, organização e luta pela garantia de seus direitos – continuarão vindo na magistratura, cada vez mais, uma instituição para a afirmação de seus direitos.

É com esse espírito de cumprimento do preceito constitucional que o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que: “A ordem jurídica constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível” (BRASIL, 1997).

Ora, é em respeito à igualdade, como forma de concretizar na prática os objetivos timbrados no texto constitucional brasileiro (BRASIL, 2006, p. 19-20), que os mais variados casos postos diante do Poder Judiciário (com ou sem previsão legal) deverão ser solucionados tendo como base o princípio da dignidade humana, para que se possa tornar efetivo às minorias o seu direito à autoafirmação (à orientação sexual):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*. (grifos ausentes no original)

Apesar desta proteção constitucional a todos conferida, existem ainda magistrados que relutam em vislumbrar, no texto da Constituição vigente, o amparo a que as pessoas humanas fazem jus (sejam eles homossexuais, transexuais ou heterossexuais).

Embora se reconheça o direito à livre orientação sexual como inerente à condição humana, especialmente ligado ao respeito à igualdade e à dignidade, alguns juristas repudiam, por exemplo, a possibilidade de constituição de qualquer forma de união familiar por pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de que tais relações se afastam do padrão tradicional.

Diversamente, o direito previdenciário, das sucessões e, inegavelmente, o direito de família, são vislumbrados, principalmente, em alguns pontos pelo prisma da sexualidade, obrigando os juristas a perfilhar nos círculos acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais, discussões que se prestem a solucionar os mais variados conflitos de interesse envolvendo a questão da homoafetividade.

Em virtude da especialidade com que os cientistas do direito têm se dedicado às questões que visam proteger a nova forma de constituição familiar, inúmeras são as digressões jurídicas pelas quais se permite a proteção judicial ante direitos violados.

Inúmeras decisões judiciais são tomadas no sentido de solver os conflitos que têm como plano de fundo relações homoafetivas, com ânimo de constituição familiar. Inclusive, são discutidas perante as varas especializadas da família, como foi entendido pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Stenka Isaac Neto (TJ-GO, 2006): *“A entidade familiar envolvendo a homoafetividade não pode trilhar o caminho da estigmatização, do preconceito ou de uma doença. Nenhuma dessas medidas solucionará as questões oriundas do rompimento dessas uniões”*.

Novos e os mais diferentes casos são levados aos órgãos judiciais. As mais variadas pretensões reclamam novas formas de interpretar e aplicar direitos, de modo a abarcar as questões de orientação sexual, sob o enfoque da proteção aos direitos humanos ligados à sexualidade.

3.2. O direito à orientação sexual como direito fundamental e sua proteção pelo Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário aponta-se como arena para salvaguardar as conquistas de grupos sociais hipossuficientes que lutam contra a opressão da tradicional cultura dominante e religiosa que impera no Brasil, seja nos discursos políticos ou na mídia.

Ora, o tema da diversidade sexual é, na maior parte das vezes, discutido sob a vertente não jurídica, mas sim dogmática e, não raras vezes, preconceituosa por parte de determinadas religiões ou certos movimentos sociais ou por pessoas incultas.

Compete, ademais, estabelecer a observação atenta a essa realidade, de molde que as justificativas doutrinárias aqui levantadas sejam, sobremaneira, de valia para embasar a mencionada realidade na qual gravitam os anseios dos grupos espoliados e discriminados.

Por isso é que se procede ao levantamento das decisões e de procedimentos judiciais que transcorreram (ou transcorrem) nas mais diversas regiões do Estado brasileiro para que o presente estudo tenha plausibilidade e cunho científicos.

Com efeito, é na justiça que certas ações afirmativas em face da condição sexual têm se multiplicado em virtude do preconceito e da discriminação de que são vítimas e pelo fato de se esperar das instituições públicas a proteção aos seus direitos. Neste sentido, faz-se importante observar as decisões da 5ª Câmara Cível do TJ-RS (2007) e do TRT-PB (2007).

No primeiro provimento judicial (TJ-RS, 2007), um casal composto por dois homens que vivem em comunhão afetiva, foi indenizado em virtude de terem sido alvo de discriminação por parte do vizinho, tendo este a obrigação de pagar uma

indenização por dano moral no valor de R\$ 14.111,00 (quatorze mil cento e onze reais).

Na seara do Tribunal Regional do Trabalho do Estado da Paraíba (TRT-PB, 2007), foi proposta e julgada procedente Ação de Indenização por Danos Morais, oriunda de ato discriminatório em ambiente de trabalho contra a empresa VARIG Linhas Aéreas, que foi obrigada a pagar o valor de R\$ 24.000,00 a um ex-funcionário que sofreu ofensas relacionadas à sua orientação sexual por parte do gerente da empresa.

Mencionadas decisões se coadunam aos preceitos firmados na Constituição Federal, os quais primam pela efetivação da dignidade da pessoa humana como parâmetro de justiça e de proteção àqueles que por um motivo ou outro são rechaçados do amparo legal. É neste sentido que Ingo W. Sarlet (2007, p. 147-148) aduz:

O fato de a dignidade da pessoa humana constituir um conceito dinâmico e sempre passível (e mesmo também carente) de concretização, bem como a circunstância de que a própria discussão em torno do seu sentido teórico e prático (por si só já é um indicativo de sua abertura ao plural!) revelam o quanto a dignidade cumpre sua função de referencial vinculante para o processo decisório no meio social.

A Constituição Federal vigente (BRASIL, 2006, p. 20) estipula como um dos objetivos fundamentais da República "[...] lutar contra todas as formas de preconceitos". E a homofobia, comprovadamente, é ainda odioso preconceito existente na sociedade brasileira.

Conforme define Raupp Rios (2002, p. 119-122), a homofobia "[...] designa o distúrbio psíquico revelado por aqueles que experimentam medo ou ódio irracionais diante da homossexualidade [...]". Desta conceituação faz-se curial a ênfase no sentido de que a plenitude da cidadania por homossexuais depende da superação das premissas assentes nos princípios de justiça da sociedade que considera a

heterossexualidade moralmente superior à homossexualidade, o que é rechaçado pela própria concepção de igualdade e de dignidade a que a legislação pátria é subordinada.

No que tange a este tipo de odiosa violação de direitos humanos em face das pessoas homossexuais, bissexuais e transexuais - agora não por parte do poder público - apresenta-se o caso de publicidade discriminatória, levada a efeito por uma entidade evangélica da cidade de Campina Grande - Paraíba.

A mencionada campanha tinha como finalidade a proclamação de um comportamento, inegavelmente, tradicional (“heterossexual”, “normal” e “religioso”) caracterizado pelo tom indiscutivelmente discriminatório e vexatório contra as pessoas homossexuais, de molde a não identificar a homofobia como forma de violência, mas como algo tido normal que deve ser tolerado na sociedade. Neste sentido, fora noticiado na Folha de São Paulo (2007):

Outdoors contra gays provocam polêmica na PB: Outdoors contrários ao homossexualismo (sic.) patrocinados por uma entidade evangélica da Paraíba e colocados em Campina Grande (130 km de João Pessoa) abriram uma polêmica com a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais). Com a expressão "homossexualismo" e a frase atribuída à Bíblia "E fez Deus homem e mulher e viu que era bom" logo abaixo, as placas integram uma campanha contrária ao projeto de lei que equipara a homofobia ao racismo. A campanha foi elaborada pelas entidades VINACC (Visão Nacional para a Consciência Cristã) e Projeto Jonas. A ABGLT encaminhou ontem ofício a órgãos como o Ministério da Justiça em repúdio à campanha. Pede a retirada da campanha da internet e a proibição dos outdoors.

Todavia, em respeito à diversidade de orientação sexual, a juíza da 1ª Vara Civil de Campina Grande determinou a retirada da publicidade homofóbica e suspendeu também o manifesto contra o “homossexualismo” que seria realizado (TJ-PB, 2007). A juíza acolheu a pretensão contida na ação com pedido de liminar

da Rede Nacional de Pessoas Vivendo e Convivendo o HIV/Aids, com o apoio de várias entidades que defendem os direitos dos homossexuais na cidade e da Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transexuais (ABGLT).

Ademais, o caso possui relevância prática, porque conforma-se com os imperativos de inclusão social que exigem da magistratura engajamento no sentido de minorar as mazelas sociais pelas quais sucumbem, em tempos hodiernos, grande parte dos cidadãos brasileiros vítimas da omissão preconceituosa e nitidamente discriminatória de algumas pessoas, grupos sociais e até mesmo do poder público, que muitas vezes pode sonegar direitos postulados.

Entretanto, não é apenas com a regulamentação do princípio da dignidade da pessoa humana que haverá a mudança de postura tradicionalista, mas sim em decisões como estas, onde o princípio da dignidade se faz efetivo como assim se infere do texto constitucional, que haverá a mudança da postura de intolerância ao diferente de boa parcela da sociedade.

Com o mesmo fundamento de proteção jurídica às pessoas de orientação sexual diversa da maioria heterossexual e sob o enfoque de realização da dignidade da pessoa humana, foi autorizada, pelo juiz da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (TJ-SP, 2007), a alteração de registro civil para uma pessoa transexual sem que fosse necessária a cirurgia prévia de mudança de sexo, que em sua pioneira decisão afirmou:

Como tem entendido em uma série de decisões nos feitos em que atuei, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º da Constituição Federal apresenta-se como norte interpretativo e finalístico para todas as regras vigentes do sistema legal brasileiro. Seu conteúdo, em uma visão kantiana, implica no reconhecimento de que a pessoa merece o tratamento amplo e máximo autorizado pelo sistema. Vale dizer: a pessoa, como centro de potencialidade plenas e infinitas deve ser tratada como tal e não como uma coisa ou usando de neologismo a pessoa não pode ser "coisificada".

É assim que em decisões de vanguarda dos Tribunais do Rio Grande do Sul (TJ-RS, 2005), os direitos supramencionados são, mormente a falta de legislação específica que regule estes conflitos, efetivados e elevados a status de realidade jurídica, por intermédio do manejo dos princípios constitucionais.

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas.

Para o tribunal gaúcho, em especial, os casos de união “homoafetiva”, neologismo criado e difundido no meio jurídico pela desembargadora Maria Berenice Dias (2006, p. 18), são apreciados diante das varas de família e são reconhecidos como entidade familiar, produzindo efeitos jurídicos semelhantes aos produzidos pela união estável, em que pese a doutrina tradicional posicionar-se contrariamente, relegando a este tipo de união o simples condão de produzir efeitos jurídicos como sociedade de fato.

Esquecem-se, todavia, alguns civilistas tradicionais, que em mencionadas relações seu principal escopo não é amealhar lucros e dividendos como uma simples união com fins comerciais. O objetivo destas uniões (entre pessoas do mesmo sexo) é constituir e manter um lar, uma convivência pacífica, reconhecida e respeitada por todos, onde o principal elo é o afeto, assim como qualquer união estável formada por um par de pessoas de sexos opostos.

Corroborando o pensamento vanguardista no que toca o reconhecimento e o tratamento igualitário às uniões homoafetivas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande

do Sul (2006), deferiu o pedido de duas mulheres que vivem em comunhão afetiva para que adotassem uma criança em nome das duas, nos termos que seguem:

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. (...) 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.

O respeito à dignidade da pessoa humana, atestado por intermédio da decisão judicial, constitui medida garantidora da inclusão social, voltando-se, portanto, à promoção da igualdade social, conforme prescrito nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Baseando-se na interpretação e na aplicação da Constituição Federal de 1988 e utilizando os mecanismos de hermenêutica constitucional, é que o problema da ausência de proteção legal entre pessoas do mesmo sexo deve ser solucionado.

Contudo, diante dos princípios constitucionais que preveem este mesmo entendimento de respeito à liberdade e à igualdade é que se deve proteger e reconhecer os direitos daqueles que são alvo de preconceitos das instituições estatais brasileiras, não podendo ter outro enfoque senão o de conferir a todos os cidadãos igualdade de tratamento, independente do fato de serem ou não homossexuais.

É neste sentido que Marisa Santos (2007, p. 110-111) expõe:

(...) o companheiro homossexual também está incluído na primeira classe dos dependentes do segurado por força de liminar concedida nos autos de Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0,

em trâmite pela 3ª vara federal previdenciária de Porto Alegre - RS. A liminar tem sido cumprida pelo INSS, e, para tanto foi editada a IN n.º 118 de 14-04-2005, da diretoria colegiada, cujo artigo 30 dispõe: "O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum e a dependência econômica concorrem, para fins de pensão por morte e auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I, do art. 16, da lei 8.213, de 1991, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo tendo ocorrido anteriormente a data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0".

Depreende-se da mencionada reflexão que não há no ordenamento jurídico pátrio, pelo menos explicitamente, amparo legal para que sejam rechaçadas as uniões homoafetivas, mas há subsídios principiológicos que seguem a linha de respeito à dignidade da pessoa humana e à igualdade. Elementos jurídicos que necessariamente devem ser aplicados nas decisões judiciais, sejam elas atinentes ou não à celeuma da união homossexual. Afirma, pois, Flávia Piovesan (2007, p. 219) que:

Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a. igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que no seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

É neste âmbito de proteção à orientação sexual, em primeiro plano e no reconhecimento do afeto como elo entre os indivíduos que compõem o núcleo familiar, que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988 em face de deputada federal do

Estado do Pará, cassando a sua candidatura à prefeitura do município de Viseu – Pará, em virtude de a deputada manter relacionamento homoafetivo com a atual prefeita reeleita do município (BRASIL, 2004).

Dessa forma, ao se admitir que os vínculos homoafetivos repercutam na esfera eleitoral, a ponto de gerar a presunção de que pode haver interesses políticos comuns, não há como deixar de reconhecer que essas relações compõem verdadeiras “entidades familiares” e que devem, como tal, ser reconhecidas pela Justiça.

Mais e mais casos são decididos a cada dia na seara do Judiciário brasileiro, reconhecendo o caráter de juridicidade a que o direito à orientação sexual está incluído e comprovando todas as implicações e consequências que mencionado reconhecimento pressupõe, que dão suporte para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana a esta minoria muitas vezes perseguida.

Ações afirmativas são necessárias para que sejam equiparados em direitos às pessoas homossexuais e heterossexuais, de modo que a justiça social se efetive, não apenas através do Judiciário, mas principalmente na regulamentação legal necessária. Veja-se a ponderação de Fernandes (2004, p. 81-82), para quem:

A norma escrita traz certeza, segurança. É imperioso que se preencha esse vazio, esse vácuo legislativo, a fim de que se proteja a dignidade da pessoa humana, promovendo a viabilização dessas uniões, com o respeito que lhes é devido por toda a sociedade. De que adianta a Constituição brasileira consagrar princípios tão importantes, como o da igualdade, e o legislador ordinário não materializar o comando constitucional? Não se estará laborando em inconstitucionalidade, já que será o mesmo que dizer que todos são iguais perante a lei, com exceção dos homossexuais?

Em meio a tantos clamores, aos poucos o reconhecimento legal das relações homoafetivas é evidente, muito embora o seu regramento legal inexista. Tem-se em conta o art. 2º da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), da chamada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher, que rege:

"Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana". O parágrafo único do artigo 5º afirma que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

É bem verdade que é incipiente tal resposta do legislador às necessidades mais prementes desta parcela marginalizada da sociedade, mas não se deve olvidar que se caminha a passos largos rumo à proteção integral das uniões homoafetivas e da equiparação ao estado da união civil entre pessoas de sexos opostos como postulado básico do direito à igualdade em respeito, notadamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido é forçoso lembrar que é injustificável a omissão do legislador, em relação à disciplina das novas estruturas familiares que surgem no meio social independentemente da identificação do sexo do par. Ninguém, muito menos os operadores do direito, podem fechar os olhos a essa realidade, justificando a omissão jurídica por uma postura conservadora, deixando de atribuir efeitos jurídicos às relações que, muito mais do que a mera sociedade de fato, como se discutiu, constituem uma sociedade de afeto.

4. Considerações Finais

Significativas mudanças sociais estão levando ao surgimento de uma sociedade menos homofóbica. O declínio da influência da Igreja fez diminuir o sentimento de culpa, e o prazer sexual deixou de ser criminoso. O casamento oficializado pelo Estado dessacralizou-se, e novas estruturas de convívio emergiram, não mais sendo alvo do repúdio social. Passou a haver uma maior valoração do afeto, e a orientação sexual começou a se caracterizar como uma opção, e não como um ilícito ou uma culpa.

Entende-se que, mesmo não exista, suficientemente, legislação para fins de tutelar interesses dos casos relacionados à orientação sexual e os seus desdobramentos, será premente o dever de responsabilidade dos órgãos do Judiciário como provedores da igualdade e da dignidade elencadas na Constituição vigente.

O Poder Judiciário há que manejar os valores constitucionais para dar vida aos direitos fundamentais da pessoa humana. Desta forma, exige-se a valorização da hermenêutica constitucional em torno da temática aqui abordada para respaldar os posicionamentos judiciais de forma a promover e respeitar a dignidade humana.

São persistentes as resistências ao que é “diferente”. O juiz, muitas vezes, pode se perder em meio a valores não jurídicos, adentrando na esfera moralista, como se lhe coubesse a guarda dos bons costumes, ungiendo-se da função de punir com a pena de banimento de direitos quem foge dos padrões “normais”.

É neste aspecto que se deve do respeito ao “direito de ser diferente; o direito de se posicionar, de se manifestar a vontade, o pensamento, ou ter tal ou qual comportamento ou estilo de vida, de ser contra a intolerância e a favor da diversidade, da pluralidade... Isto é ter a dignidade preservada.

The right to sexual orientation as a fundamental right and its protection by the Brazilian Judiciary

ABSTRACT: Homosexuals, unsatisfied or injured in face of the omission or neglect from the State (even from individuals) regarding the right to sexual orientation, have found the Judiciary as a place to eliminate the prejudices that victimize them. Then, is this view, hypothesis of affirmative protection by the Judiciary Power has recognized, mainly, their effective respect for freedom of sexual orientation, all under the constitutional foundation of human dignity.

Keywords: Right to Sexual Orientation; Human Rights; Law and Gender.

5. Referências

BRASIL. **Constituição Federal, coletânea de legislação administrativa**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. (Org. Maria Odete MEDAUAR).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 158.655-9/ PA da 2ª Turma – Brasília. Diário da justiça, Seção 5, 02. mai.1997, p.16.567.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial nº. 24564. Brasília: 2 out. 2004. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>> Acesso em: 13 set. 2007.

BRASIL. Lei nº. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do judiciário: uma enquadramento teórico**, in: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual – o preconceito e a Justiça**. 3 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

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

HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: 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.

Outdoors contra gays provocam polêmica na PB. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2106200727.htm>> Acesso em: 21 Jun. 2007.

PARAIBA. Tribunal Regional do Trabalho do Estado da Paraíba. Processo nº. 00947200502213000. João Pessoa: 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.trt13.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

PARAIBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Cautelar Inominada. Processo nº. 00120070101058. Campina Grande: 20 jun. 2007.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas, in: **Leituras complementares de constitucional - direitos fundamentais**. CAMARGO, Marcelo Novelino (org). 2 ed. rev. ampl. Salvador. Jus Podivn, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo n.º. 70014074132, 5ª. Câmara Cível, Porto Alegre: 25 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n.º. 70011120573, Porto Alegre, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação n.º. 70013801592, Porto Alegre, 5 abr. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=264635>. Acesso em: 5 out. 2007.

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.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo n.º. 20071014606. São Paulo: 12 jul. 2007. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/1capital_civel.asp>. Acesso em 13 set. 2007.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas - v. 25.)

TJ-GO mantém competência de vara de família para julgar união homossexual. **Ultima Instância Revista Jurídica**. São Paulo, SP, 11 out. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/32303.shtml>>. Acesso em: 13 set. 2007.

Nota do Editor:

Submetido em jan. 2009. Aprovado em 10 set. 2009.

Prima Facie, 2009, jan-jun, edição vinda a lume em novembro de 2010.

<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>