

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 194
abril/junho – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Políticas públicas de reconhecimento para a defesa dos direitos humanos dos homossexuais

Ana Maria D'Ávila Lopes e
Renato Espíndola Freire Maia

Sumário

Introdução. 1. Direito à igualdade e não discriminação contra os homossexuais. 2. Políticas de reconhecimento para superar a discriminação contra os homossexuais. 3. Análise da ADI nº 4.277. Conclusão.

Introdução

Durante séculos, a homossexualidade foi considerada uma doença e sua prática um desvio comportamental moralmente condenável. Apenas nos últimos anos vêm sendo garantidos direitos aos homossexuais.

No entanto, ainda há muito a ser alcançado. A maior parte da sociedade continua negando-se a reconhecer os direitos dos homossexuais, evidenciando a necessidade de políticas públicas mais efetivas, que não destinem apenas superar as desigualdades econômicas decorrentes dessa discriminação, mas que objetivem o reconhecimento do direito à identidade sexual.

Nesse contexto, o presente trabalho visa, com base no pensamento de Nancy Fraser (1997, 2010), propor a adoção de políticas públicas de reconhecimento para a defesa efetiva dos direitos humanos dos homossexuais.

Para tal, inicialmente será apresentado o marco constitucional que fundamenta a adoção de políticas públicas especiais dirigidas a garantir a efetividade dos direitos

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Renato Espíndola Freire Maia é Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP.

dos homossexuais. Posteriormente, será desenvolvida a proposta de Nancy Fraser que defende a adoção de políticas públicas de reconhecimento para a superação da situação de discriminação vivida pelos homossexuais. Finalmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2011 reconheceu a união estável homoafetiva, será analisada, haja vista constituir um marco histórico na proteção dos direitos dos homossexuais no Estado brasileiro.

1. Direito à igualdade e não discriminação contra os homossexuais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), evidenciando um novo paradigma jurídico no qual toda pessoa, sem importar suas características materiais ou imateriais, tem iguais direitos a outra, banindo-se qualquer forma de discriminação. A igualdade de todas as pessoas é reforçada no *caput* do art. 5º, no qual se afirma que “todos são iguais perante a lei...”, devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita acepção formal oriunda do liberalismo, que ignora as diferenças existentes entre os membros da sociedade, mas interpretada como uma igualdade material, que determina tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.

É nessa esteira conceitual que o constituinte brasileiro, reconhecendo a diversidade da sua sociedade, estabeleceu várias normas destinadas a proteger as pessoas em situação de vulnerabilidade, a exemplo de crianças, idosos, indígenas, etc., haja vista a construção e o fortalecimento de um Estado democrático exigir não apenas o reconhecimento da sua diversidade, mas a implementação de mecanismos capazes de garantir o efetivo exercício dos direitos humanos por todos seus membros.

Não obstante esse avanço, o constituinte, influenciado pelos valores machistas que imperavam na sociedade na época de elaboração da Lei Maior, omitiu qualquer norma expressa relativa aos direitos dos homossexuais. A previsão constitucional mais próxima a regular a matéria encontra-se no inciso IV do art. 3º, no qual é proibida a discriminação por motivos de sexo.

Na atualidade, essa norma vem sendo interpretada no seu sentido mais amplo, de forma a abranger também a não discriminação por identidade sexual. Essa interpretação visa salvaguardar a unidade e harmonia normativa constitucional, na medida em que busca manter a concórdância hermenêutica entre o princípio fundamental do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a não discriminação (art. 3º, IV) e o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*).

Trata-se, sem dúvida, de um tema polêmico. Não há como ignorar que os direitos sexuais têm sido doutrinária e legislativamente relegados a um segundo plano. O descaso em relação a esses direitos deriva do temor de que seu desenvolvimento teórico e sua regulação legal possam implicar o reconhecimento formal de práticas sexuais não reprodutivas ou homossexuais, que as sociedades machistas costumam condenar, preferindo-se, desse modo, retirar-lhes a qualidade de direitos humanos, para deixá-los no campo da moral, da religião ou do direito penal (MILLER, 2001, p. 87).

Sem pretender negar nem diminuir a importância dessa discussão, o que hoje impende é reconhecer a qualidade de direitos humanos dos direitos sexuais, haja vista estarem destinados a proteger a sexualidade humana, inerente a todo ser humano (MILLER, 2001, p. 90).

Diversas declarações têm sido elaboradas com o fim de proclamar a existência e importância dos direitos sexuais. Entre essas, salienta-se a de Valencia (Espanha) de 1997, que preconiza a sexualidade como parte integral da personalidade, devendo,

portanto, os direitos sexuais serem considerados direitos humanos:

“Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios” (DECLARACIÓN..., 1997).

No direito brasileiro, não há norma jurídica que diretamente disponha sobre os direitos sexuais e seu desenvolvimento doutrinário é ainda tímido (LOPES, 2011). No entanto, isso não retira a sua juridicidade nem a sua fundamentalidade, pois, com base no §2º do art. 5º da Constituição Federal, pode-se, indubitavelmente, afirmar sua condição de direitos fundamentais, haja vista a norma estabelecer que os direitos e as garantias fundamentais podem ter assento em qualquer parte do texto formal da Constituição, ou derivar do regime ou dos princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, há diversos dispositivos constitucionais dos quais é possível derivar os direitos sexuais (art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 5º, *caput*; art. 6º, *caput*; art. 196, *caput*; art. 226, §7º, etc.). No entanto, a cláusula aberta do §2º do art. 5º não é o único argumento nem o mais forte para afirmar a natureza de direitos fundamentais dos direitos sexuais. O argumento mais sólido é sua correspondência substancial com a definição de direitos fundamentais, entendidos esses como princípios jurídicos positivos, de nível constitucional, que refletem os valores mais essenciais de uma sociedade para a proteção da dignidade humana, legitimam-

do a atuação do Estado e dos particulares (LOPES, 2001, p. 36-37).

Desse modo, e sendo a sexualidade inerente ao ser humano e essencial para o desenvolvimento pleno da sua personalidade, é possível concluir pela fundamentalidade dos direitos sexuais.

2. Políticas de reconhecimento para superar a discriminação contra os homossexuais

Como forma de garantir o direito de toda pessoa de construir a sua identidade, devem-se trazer à luz as políticas de reconhecimento, as quais visam promover o desenvolvimento pleno da personalidade sem preconceitos nem discriminações.

Em importante análise sobre as políticas de reconhecimento de Charles Taylor, Habermas (1999) dialoga com os ensinamentos de Amy Gutmann, defendendo a ideia de que o reconhecimento público dos seres humanos como iguais pode requerer duas formas de respeito: a) reconhecimento da identidade intransferível de cada indivíduo, não importando o sexo, raça ou etnia; b) reconhecimento da cultura dessa pessoa, devendo-se respeitar seus costumes e maneira de ver e viver no mundo.

Diversos movimentos vêm lutando pelo reconhecimento dos tradicionalmente relegados a um segundo plano e até excluídos da sociedade, a exemplo do feminismo e do multiculturalismo.

“Su parentesco estriba en que tanto las mujeres, las minorías étnicas y culturales, así como las naciones y las culturas [...] luchan por el reconocimiento de las identidades colectivas, sea en el contexto de una cultura mayoritaria o en el de la comunidad de los pueblos” (HABERMAS, 1999, p. 198).

Trata-se de uma reivindicação que pode ser estendida aos homossexuais, cujos direitos têm sido firmemente negados pelas sociedades machistas.

Esse novo tipo de reivindicação tem de flagrado a necessidade de repensar a justiça social para além dos contornos estritamente econômicos, de forma a incluir conteúdos relativos à identidade das pessoas.

Entre os autores que melhor têm trabalhado o tema, salienta-se o pensamento de Nancy Fraser (2010), que ensina que a concretização da justiça social não deve limitar-se a implementar políticas de redistribuição da riqueza, mas deve também envolver políticas de reconhecimento das minorias.

De qualquer forma, tanto as políticas da redistribuição da riqueza como as de reconhecimento das diferentes identidades devem ser implementadas de forma coordenada, evitando-se sua dissociação ou polarização,

“Alguns proponentes da redistribuição rejeitam completamente a política de reconhecimento, considerando as demandas pelo reconhecimento da diferença como uma ‘falsa consciência’, um obstáculo à busca da justiça social [...]. Nesses casos, estamos diante daquilo que é apresentado como uma escolha disjuntiva: redistribuição ou reconhecimento? Política de classe ou política de identidade? Multiculturalismo ou democracia social?” (FRASER, 2010, p. 168).

Para Fraser (2010, p. 168), a polarização dos dois tipos de política deve ser rejeitada, visto serem insuficientes quando adotadas isoladamente. Desse modo, propõe uma concepção bidimensional da justiça social, de forma a coordenar as reivindicações de igualdade social e de reconhecimento da diferença, o que constitui, sem dúvida, uma tarefa complexa.

As políticas de redistribuição têm sua origem na tradição liberal, enriquecida pelas teorias da justiça redistributiva de John Rawls e de Ronald Dworkin. Diferentemente, as políticas de reconhecimento fundamentam-se na filosofia hegeliana e na fenomenologia da consciência, que defendem a construção intersubjetiva do sujeito.

A complexidade da implantação de uma justiça social bidimensional amplia-se quando se observa que, no plano político, a redistribuição tem sido associada a reivindicações socioeconômicas, enquanto o reconhecimento tem sido vinculado a demandas de identidade de gênero, étnica, racial ou de nacionalidade.

“la lucha por el reconocimiento se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática de conflicto político en los últimos años del siglo veinte. Las exigencias de ‘reconocimiento de la diferencia’ alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la ‘raza’, el género y la sexualidad. En estos conflictos ‘postsocialistas’, la identidad de grupo sustituye a los intereses de clase como mecanismo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación como injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia y objetivo de la lucha política” (FRASER, 1997, p. 17).

Essa dissociação não faz mais do que obscurecer a importância das distintas reivindicações de reconhecimento realizadas no marco das lutas de classes socioeconômicas, ou as diversas exigências de redistribuição da riqueza realizadas pelas minorias identitárias.

São experiências que evidenciam a necessidade de modificar a percepção unidimensional da justiça social, de forma a transformá-la em integral e efetiva.

No entanto, deve-se ter presente que cada uma das duas políticas encontra-se inserida num marco conceitual altamente complexo.

“A política de redistribuição, como a compreendo, engloba não só as orientações centradas em classes sociais, como o liberalismo do *New Deal*, a social democracia ou o socialismo, mas aquelas formas de feminismo

e anti-racismo que vislumbram as reformas sócio-econômicas como o remédio para as injustiças de gênero e étnico-raciais. Portanto, é mais ampla do que a política de classe no sentido convencional. A política de reconhecimento, em contraste, engloba movimentos visando a revalorizar identidades injustamente depreciadas, por exemplo, o feminismo cultural, o nacionalismo cultural negro e a política de identidade homossexual, mas também tendências desconstrutivas, como a *queer politics*, a política 'racial' crítica e o feminismo desconstrutivista, que rejeitam o 'essencialismo' da política da identidade tradicional. Assim, é mais ampla que a política da identidade no sentido convencional" (FRASER, 2010, p. 169).

Desse modo, Nancy Fraser (2010, p. 169-171) identifica quatro diferenças entre os paradigmas populares das políticas de redistribuição e de reconhecimento:

a) concepções diferentes de injustiça: o paradigma da redistribuição centra-se em injustiças de caráter socioeconômico (exploração, marginalização e privação econômicas), enquanto o paradigma do reconhecimento tem seu cerne nas injustiças culturais, enraizadas em padrões sociais de representação (dominação cultural), interpretação (não reconhecimento, invisibilidade) e comunicação (representações culturais públicas estereotipadas);

b) diferentes soluções para a injustiça: para o paradigma da redistribuição, a solução da injustiça é a redistribuição da riqueza (reorganização da divisão do trabalho e reestruturação da propriedade), enquanto, para o paradigma do reconhecimento, a solução conseguir-se-ia com a mudança cultural e simbólica da sociedade (reavaliação ascendente das identidades não respeitadas e valorização positiva das diferenças). Nessa visão, são incluídas as interseções das diferenças econômicas, étnicas, raciais e de gênero, as quais potencializam a exclusão;

c) concepções diferentes das coletividades que sofrem as injustiças: para o paradigma da redistribuição, os sujeitos da injustiça são similares aos dos paradigmas de classe propostos por Marx (trabalhadores explorados), podendo, entretanto, abarcar os grupos *racializados* (*racialized*) de imigrantes ou minorias étnicas. As mulheres também podem ser incluídas nessa perspectiva, em visto da situação de desvantagem na qual se encontram devido à discriminação de gênero. Diferentemente, para o paradigma do reconhecimento, os sujeitos da injustiça se parecem mais com os grupos sociais propostos por Weber, isto é, grupos de pessoas com *status* mais baixo, por gozarem de menor respeito, estima e prestígio na sociedade, a exemplo dos homossexuais, que sofrem de estigmas institucionalizados.

d) ideias diferentes em relação aos dois grupos: para o paradigma da redistribuição, as diferenças são injustas, devendo, portanto, serem abolidas. Para o paradigma do reconhecimento, nem todas as diferenças são injustas. As diferenças identitárias que não derivam em hierarquizações e exclusões devem ser mantidas e valorizadas positivamente, enquanto as diferenças que discriminam devem ser desconstruídas e combatidas.

Para a maioria dos autores, as diferenças existentes entre os dois paradigmas formam uma disjuntiva que apenas permite aceitá-las ou rejeitá-las. Para Fraser (2010), essa antítese é falsa.

Em primeiro lugar, as diferenças entre os dois paradigmas não são dicotômicas. Assim, os proletariados também sofrem de injustiças identitárias, assim como os homossexuais sofrem de injustiças econômicas. Em alguns casos, as políticas de redistribuição serão suficientes para combater as desigualdades econômicas, enquanto as políticas de reconhecimento solucionarão os problemas derivados das desigualdades identitárias. Contudo, em outras situações, como no caso dos

homossexuais, serão necessárias políticas bidimensionais.

Fraser afirma que, em uma sociedade de padrões postos e impostos pela maioria heterossexual, é lógico, e até esperado, que direitos sejam negados à minoria homossexual. Há sociedades nas quais esses padrões encontram-se fortemente arraigados nas diferentes áreas sociais, como na cultura popular e na interação cotidiana, passando pela política e pelo Direito, provocando agressões psicológicas e menosprezo social.

“O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de *status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, ‘tratamentos’ psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade, e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação, acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento” (FRASER, 2010, p. 173).

Apenas para ilustrar o que vem sendo dito acerca dessa negação de direitos aos homossexuais, estudos apontam que aos parceiros que vivem em condição de união estável homoafetiva lhes são negados 78 direitos acessíveis aos casais heterossexuais (REIS, 2010).

Ainda como decorrência dessa falta de reconhecimento que sofrem os homossexuais, Fraser aponta as injustiças econômicas

como outro grave problema com o qual devem conviver, e que se manifesta, por exemplo, na forma de demissões sumárias e sem causas definidas, ou na restrição da inclusão dos parceiros nos mesmos benefícios que lhes são garantidos aos casais heterossexuais.

Para que seja possível a superação dessa situação de discriminação, a autora americana propõe a adoção de políticas de reconhecimento, pois, no caso das injustiças econômicas enfrentadas pelos homossexuais, o remédio é o reconhecimento e não a redistribuição:

“Para ser exata, gays e lésbicas também sofrem sérias injustiças econômicas. Eles podem ser sumariamente despedidos do emprego e têm negados os benefícios sociais baseados nos vínculos familiares. Mas longe de estarem pautadas diretamente na estrutura econômica, elas derivam, ao invés, de um padrão de valor cultural injusto. O remédio para a injustiça, conseqüentemente, é o reconhecimento, e não a redistribuição. A superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do *status* sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas” (FRASER, 2010, p. 173).

No Brasil, a salvaguarda dos direitos fundamentais dos homossexuais ainda é tímida, restringindo-se, basicamente, a medidas de redistribuição da riqueza. Exemplo disso é a Instrução Normativa nº 50 de 2001 advinda do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS (*online*), que, em seu artigo 5º, passou a assegurar benefícios previdenciários para parceiros vivendo em condição de união homoafetiva.

“Art. 5º A inscrição de *companheiro ou companheira homossexual*, como dependente, deverá ser efetuada no Instituto Nacional do Seguro Social,

inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso” (INSTITUTO..., 2001, grifo nosso).

Entre outros exemplos, cita-se a Instrução Normativa nº 5 de 2009 do Ministério da Educação, que regulamenta o processo seletivo do PROUNI (Programa Universidade para Todos), estendendo o conceito de grupo familiar para fins de obtenção de benefícios institucionais às uniões estáveis, inclusive homoafetivas (PORTAL..., 2009). Ainda nessa intenção de diminuir as diferenças, a Agência Nacional de Saúde (ANS), por meio de sua diretoria colegiada, faculta a inclusão do companheiro em união homoafetiva como dependente em plano de saúde contratado pelo outro (CESCHIN, 2010).

Apesar desses avanços, constata-se praticamente a inexistência de políticas públicas de reconhecimento, as quais são fundamentais para a superação da homofobia, conforme apontado por Fraser (2010, p. 173).

Como forma de superar esse vazio, algumas propostas de políticas de reconhecimento têm sido formuladas por ONGs, a exemplo do Grupo de Resistência Asa-Branca-GRAB (*online*), do Município de Fortaleza, num encontro realizado no dia 13 de agosto de 2008:

a) em matéria de direitos humanos: criação de uma Secretaria Municipal de Direitos Humanos com dotação orçamentária própria; criação de um Centro de Referência em Direitos Humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais - LGBTT, com assistência jurídica e psicossocial, além de um Disque Cidadania LGBTT; implantação de um programa de formação e sensibilização em direitos humanos de LGBTT destinado à Guarda Municipal, Agentes de Cidadania e demais funcionários públicos do Município de Fortaleza; inclusão do Dia da Visibilidade Lésbica (29 de agosto) e do Dia da Visibilidade Trans-travestis e transexuais (29 de janeiro); realização de uma Campanha de Divulgação da Lei Municipal

nº 8.211/98 que pune estabelecimentos comerciais que discriminem pessoas devido à sua orientação sexual; exclusão das empresas condenadas pela violação da anterior lei dos processos licitatórios municipais; alocação de recursos orçamentários municipais para a promoção dos direitos humanos de LGBTT;

b) em matéria de habitação: reconhecimento das diversas formas de arranjos familiares para os benefícios dos programas municipais de habitação popular (HABITAFOR);

c) em matéria de saúde: ampliação das políticas de prevenção das DST/HIV/Aids para a população LGBTT; capacitação dos profissionais da saúde para um atendimento especializado e humanizado dos homossexuais;

d) em matéria de assistência social: atendimento humanizado a LGBTT em situação de rua; fornecimento de cestas básicas à população LGBTT que cumpram os requisitos do Sistema Único de Atendimento Social - SUAS; inclusão de ONGs e de movimentos de LGBTT comunitários no Conselho Municipal da Assistência Social;

e) em matéria de educação: formação de professores e funcionários dos estabelecimentos escolares municipais sobre o direito de não discriminação dos homossexuais; inclusão de temas relativos à sexualidade e à homossexualidade nos currículos e material didático escolar; reconhecimento da identidade LGBTT no cotidiano escolar; inclusão, no calendário escolar municipal, das datas relativas à população LGBTT;

f) em matéria de lazer: promoção de atividades sociorrecreativas e esportivas voltadas para jovens e idosos homossexuais;

g) em matéria de cidade: garantia de uma sociabilidade livre e autônoma de LGBTT nos espaços públicos municipais (resguardadas as leis vigentes);

h) em matéria de cultura: realização e/ou apoio de eventos relativos à forma de vida de LGBTT, a exemplo da Parada da Diversidade Sexual; inclusão, na agenda

cultural e turística do município, dos eventos de LGBTT.

Trata-se de propostas concretas¹ de políticas de reconhecimento que visam superar a situação de discriminação em que os homossexuais se encontram, sendo, junto com as políticas de redistribuição, o caminho certo para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, conforme os ditames estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

3. *Análise da ADI nº 4.277*

A união estável homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 5 de maio de 2011, em sede da ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.277) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132), propostas pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente.

Primeiramente, faz-se necessário a ressalva para o fato de que o Relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, subsumiu a ADPF na ADI devido à convergência de objetos entre ambas as ações,

“Seja como for, o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela de nº 132-DF” (BRASIL, 2011a).

¹ Cita-se, também, o projeto de lei para criar o Estatuto da Diversidade Sexual que a Frente Parlamentar Mista entregou ao presidente do Senado José Sarney no mês de agosto de 2011. O projeto foi elaborado por uma comissão especial da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ORDEM..., 2011).

Passando à análise do mérito da questão, destaca-se, entre os temas mais relevantes ao presente trabalho, a defesa da sexualidade do ser humano como emanção de um direito constitucional que diz respeito à esfera privada do indivíduo. As liberdades sexuais – salientaram os Ministros – estão inseridas dentro do rol dos direitos fundamentais do indivíduo e suas manifestações guardam estreito relacionamento com o princípio da dignidade da pessoa humana.

“Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual)” (BRASIL, 2011b).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta Barroso (2009, p. 20), identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas:

“O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É

um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*” (BARROSO, 2011, p. 20).

Quando a Constituição Federal, ainda em seu Preâmbulo, anuncia o propósito de constituir uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos, já está traçando o caminho da rejeição de qualquer injusta diferenciação, seja o motivo que for.

“Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano em função da orientação sexual significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana” (RIOS, 2006, p. 29).

Robert Alexy, fazendo uma análise da necessidade de se dispensar tratamento igual ou desigual a determinado caso concreto, traz importante ensinamento que embasa a discussão,

“De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Nesse ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que se justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa idéia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que

é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência: se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, 2008, p. 408).

Sem dúvida, não aceitar o direito dos homossexuais de serem titulares dos mesmos direitos fundamentais reconhecidos aos heterossexuais fere de maneira substancial os princípios da dignidade e da igualdade, desequilibrando a harmonia social que deve existir para a convivência pacífica entre os seres humanos.

“Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da composição masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual” (BRASIL, 2011a).

A respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, por ocasião dos seus votos, levantaram importante questão acerca das bases interpretativas nas quais se apoiaram para a tomada de suas respectivas decisões.

Assim, para o Ministro Ricardo Lewandowski, as relações homoafetivas não deveriam configurar uma união estável de fato, por entender que o rol previsto no art. 226 da Constituição Federal, embora meramente exemplificativo, compreenderia apenas relações de diferentes sexos. Apesar dessa consideração, o Ministro Lewandowski entendeu como cabível o mecanismo da integração analógica de forma a aplicar, às uniões homoafetivas, as prescrições legalmente formuladas às uniões estáveis heteroafetivas, fazendo a ressalva para a

inaplicabilidade dos mecanismos que exigam a presença de casais de sexos opostos, por questões meramente práticas e lógicas.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ao proferir seu voto, limitou-se a reconhecer a possibilidade da aplicação dos preceitos da união estável aos casais homoafetivos, por aplicação analógica ou dando interpretação extensiva ao §3º do art. 226 da Constituição Federal. Aos óbvios desdobramentos que poderiam advir de sua decisão, Gilmar Mendes não prestou qualquer tipo de esclarecimento. Essas considerações são encontradas em passagem do Informativo 625/2011:

“[...] O segundo (Min. Gilmar Mendes) se limitou a reconhecer a existência dessa união por aplicação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Ao salientar que a idéia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade (auto-desenvolvimento da personalidade), acenou que a ausência de modelo institucional que permitisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. No ponto, ressaltou que a omissão da Corte poderia representar agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo seus direitos lesionados” (BRASIL, 2011b).

Sobre o voto do Relator do processo, Ministro Ayres Britto, alguns aspectos merecem ser salientados, a fim de obtermos uma melhor compreensão sobre o que foi tratado nessa histórica decisão da Corte Suprema.

O Ministro Relator fundamentou seu posicionamento na previsão constitucional que garante a igualdade de homens e mulheres, sendo, portanto, possível incluir também as escolhas sexuais,

“O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados” (BRASIL, 2011a).

Partindo desse pressuposto claro da igualdade entre os sexos e sua livre expressão de escolha, o Ministro Relator inquiriu sobre se a mesma Constituição, que trouxe de maneira tão democrática a liberdade e igualdade sexual, poderia manifestar-se de maneira a excluir e proibir que sejam estendidos aos parceiros homoafetivos as mesmas regras e prerrogativas legais referentes às uniões estabilizadas e duradouras que são conferidas aos parceiros heterossexuais.

Para responder a essas questões, referiu-se aos preceitos elencados no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal, que tratam da ordem social e que trazem especial proteção ao instituto da família.

Assim, para uma efetiva compreensão dos institutos que orbitam a discussão, levou em consideração os aspectos técnicos e doutrinários do significado do termo *família* que, segundo Ayres, destaca-se por ser vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras e espiritualizadas relações humanas de índole privada.

Da análise e da compreensão dos argumentos que permeiam a discussão, o Relator do caso concluiu que, por respeito aos princípios da igualdade (isonomia) e da liberdade, e para dar entendimento conforme à Constituição dos preceitos elencados no Capítulo VII do Título VIII, que trata da família, não se pode realizar qualquer tipo de diferença no tratamento dado às

famílias formadas por casais heteroafetivos ou homoafetivos,

“E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser” (BRASIL, 2011a).

Desse modo, afirmou a necessidade de conferir igual tratamento aos casais homoafetivos, na medida em que qualquer entendimento contrário serviria para reforçar um indisfarçado sentimento, nas palavras do Ministro, “preconceituoso ou homofóbico”.

Ainda nessa linha, prosseguiu o Ministro na defesa do entendimento de que a terminologia “família” em nada se diferencia do termo “entidade familiar”, no sentido de que não deve haver hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de construção de um núcleo doméstico, como encontramos no texto do seu voto:

“Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica” (BRASIL, 2011a).

Seguindo a análise dos pontos importantes para a conclusão do raciocínio, foi analisado o art. 1.723 do Código Civil de 2002, que é peça chave na formulação da questão e na tomada de posicionamento acerca da discussão judicial que se desenvolve. Isso porque o referido artigo tem a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O entendimento perfilado pelo Relator deu-se no sentido de que devem ser aceitas como entidades familiares as uniões estáveis e duradouras de casais que mantenham relações de homoafetividade, quando presentes os demais e necessários pressupostos legais.

“E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família” (BRASIL, 2011a).

Finalmente, assim julgou o Ministro Relator:

“Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele ex-

cluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011a).

Os demais Ministros acompanharam o Relator no sentido de interpretar o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal de 1988, de forma a expurgar qualquer tipo de dúvida que impeça a aplicação do citado artigo para o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar. Reconheceu-se, nesse momento, como resultado de uma luta legítima e não menos árdua, a igualdade entre os seres humanos, sua liberdade sexual e o respeito à união homoafetiva.

A decisão tem caráter histórico por marcar o fim de duradouras e repetitivas batalhas judiciais, tomando proporções que extrapolam o âmbito jurídico, para atingir as esferas políticas, sociais e religiosas.

Para os defensores de uma sociedade livre de amarras ideológicas e preconceitos cruéis que freavam o desenvolvimento social de toda uma significativa parcela da população, a vitória soou como o reconhecimento de uma realidade que se torna cada vez mais latente no cenário nacional e mundial.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro a obrigação de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Passados mais de vinte anos de promulgada a Lei Maior, diversas medidas para

o efetivo tratamento igualitário de todo ser humano foram adotadas. No entanto, o preconceito e a discriminação contra os homossexuais continuam sendo uma marca da sociedade brasileira, manifestando-se desde aberta e violentamente até velada e dissimuladamente.

Perante esse panorama, o Estado tem a obrigação constitucional de adotar políticas públicas destinadas a modificar os valores preconceituosos dos seus membros, como forma de extinguir a exclusão injusta dos setores minoritários do exercício legítimo dos seus direitos.

Nesse contexto, no presente trabalho, apresentou-se o pensamento de Nancy Fraser (1997, 2010), que propõe a adoção de políticas públicas de reconhecimento como forma de extinguir não apenas a discriminação identitária, mas também as injustiças econômicas sofridas pelos homossexuais, garantindo-se, desse modo, o respeito à dignidade de todo ser humano no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42573>>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.277*. Brasília: STF, 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2011.

_____. *Informativo 625/2011*. Brasília: STF, 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>>. Acesso em: 18 maio 2011.

CESCHIN, Maurício. *Súmula normativa nº 12, de 4 de maio de 2010*. Rio de Janeiro: ANS, 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70>. Acesso em: 22 jan. 2012.

DECLARACIÓN DEL 13AVO. Valencia: Congreso Mundial de Sexología, 1997. Disponível em: <<http://www.indetectable.org/pages/dersex.htm>>. Acesso em: 5 out. 2011.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVE-SAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. *Iustitia Interrupta*: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista". Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

GRUPO DE RESISTÊNCIA ASA BRANCA. *Plataforma política de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais*: LGBTQ. Fortaleza: GRAB, [s.d.]. Disponível em: <http://www.grab.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25:plataforma-politica-de-lesbicas-gays-bissexuais-travesti-lgbtt&catid=17:conteudo-politicas-publicas&Itemid=14>. Acesso em: 10 nov. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*: estudios de teoría política. Tradução de Juan

Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. *Instrução normativa nº 50 de 30 de dezembro de 2001*. São Paulo: INSS, 2001. Disponível em: <<http://www.fisicosoft.com.br/g/27mb/instrucao-normativa-diretoria-colegiada-do-instituto-nacional-do-seguro-social-inss-n-50-de-08052001>>. Acesso em: 27 out. 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos sexuais e reprodutivos das crianças e dos adolescentes no âmbito da educação sexual. *Novos Estudos Jurídicos*, Santa Catarina, v. 16, n. 2, p. 112-127, 2011.

_____. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Sequência*, Santa Catarina, v. 30, n. 59, 2009.

_____. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MILLER, Alice. Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos. In: GRUSKIN, Sofia (Ed.). *Derechos sexuales y reproductivos, aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Estatuto da diversidade sexual*. Brasília: OAB, 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ESTATUTO_DA_DIVERSIDADE_SEXUAL.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PORTAL MEC. *Portaria Normativa n. 05 de 25 de maio de 2009*. Brasília: MEC, 2009. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/port_norm_05_250509.pdf>. Acesso em: 22 de jan. 2012.

REIS, Antônio Luiz Martins dos. Políticas e direitos humanos para LGBT. *Consulex*, Brasília, v. 14, n. 323, p. 36-37, jul. 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 6, set./dez. 2006.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. União homoafetiva no direito brasileiro e comparado. *Consulex*, Brasília, v. 14, n. 323, jul. 2010.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University, 1994.