

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO HOMOAFETIVO: A INVALIDADE DOS QUESTIONAMENTOS PRECONCEITUOSOS

Mariana Moreira Neves*

Flavia Piovesan**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Do “Homossexualismo” ao Direito Homoafetivo; 3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 4 Os Direitos Fundamentais; 4.1 Direito à Igualdade; 4.2 Direito à Liberdade e Autonomia Privada; 4.3 Direito à Intimidade e à Vida Privada; 5 O Direito Internacional dos Direitos Humanos; 6 Cenário Atual. 7 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo trata das relações homoafetivas que, com o passar dos anos, suscitaram diferentes opiniões onde existiram. Infelizmente, hoje se tem enraizado nas sociedades o preconceito, a discriminação, até mesmo a violência e a homofobia, que, não obstante não possuam fundamentos jurídicos que as legitimem, continuam a existir. Objetiva-se demonstrar a importância da conscientização e mobilização quanto aos direitos e às garantias que tutelam a igualdade entre todos, não havendo razão para manter, muito menos fomentar, a violação da dignidade dos homossexuais. Para isso, analisa-se a Constituição Federal brasileira de 1988 e alguns tratados internacionais sobre direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE: Direito Homoafetivo; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

BASIC RIGHTS AND HOMO-AFFECTIVE RIGHTS: THE NON-VALIDATION OF BIASED OBJECTIONS

ABSTRACT: Current analysis discusses homo-affective relationships which have produced several different opinions throughout the years. Bias, discrimination, violence and homophobia are enrooted in many societies. Although without any judicial bases, they are rife. The importance of conscience-raising, awareness and mobilization is enhanced with regard to the rights and guarantees that tutelage equality among all types of people underscore, without any reason whatsoever

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

** Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Docente Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Docente de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha).

to maintain or foment the violation of homosexual dignity. The 1988 Brazilian Constitution and several international treaties on human rights are investigated.

KEY WORDS: Basic Rights; Dignity of the Human Person; Homo-affective Rights; Human Rights.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO HOMOAFECTIVO: LA INVALIDEZ DE LOS CUESTIONAMIENTOS PREJUCIOSOS

RESUMEN: Ese artículo trata de las relaciones homoafectivas que, con el paso del tiempo, han suscitado opiniones en donde se concretaron. Infelizmente, actualmente, se ha diseminado en las sociedades el prejuicio, la discriminación, hasta la violencia y la homofobia que, a pesar de no poseer fundamentos jurídicos que las legitimen, continúan a existir. Se busca demostrar la importancia de la concientización y movilización en relación a los derechos y garantías que tutelan la igualdad entre todos, no habiendo razón para mantener, mucho menos fomentar, la trasgresión de la dignidad de los homosexuales. Para eso, se analiza la Constitución Federal de 1988 y algunos tratados internacionales sobre derechos humanos.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Homoafectivo; Dignidad de la Persona Humana; Derechos Fundamentales; Derechos Humanos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as relações homoafetivas, desde seu início até os dias atuais, explicando o “homossexualismo” e surgimento do chamado direito homoafetivo, demonstrando suas conquistas e suas dificuldades enfrentadas.

Desta forma, preocupa-se com a investigação do preconceito, indagando-se qual seriam suas origens e suas motivações jurídicas que os sustentam para que sigam existindo atualmente.

Para isto, inicialmente analisa-se a Constituição Federal do Brasil de 1988, percorrendo seus artigos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, passando pelos direitos fundamentais à igualdade, liberdade, autonomia privada, intimidade e vida privada, para, posteriormente, tratar sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus tratados, vislumbrando a opinião doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

2 DO “HOMOSSEXUALISMO” AO DIREITO HOMOAFETIVO

Existem relatos de relações homoafetivas em toda história da humanidade, desde os tempos mais remotos e, onde existiram construíam opiniões polêmicas. A homossexualidade já chegou a ser admirada, tolerada, criminalizada, proibida, condenada a pena de morte, etc.

A história da homossexualidade foi marcada pelo preconceito, chegando até ser considerada uma patologia, associada a distúrbio mental. Daí a expressão “homossexualismo” ser substituída por “homossexualidade”, vez que o sufixo “ismo” significa doença.¹

A homossexualidade foi historicamente precedida por figuras que representavam força e masculinidade. O rei da Macedônia, Alexandre, o Grande (356 a 323 a. C.) mantinha relações de amor com Hefastião, vice-comandante do exército, braço direito e seu melhor amigo. Nero, imperador romano de 54 a 68 d. C., casou-se com dois homens, realizando duas cerimônias públicas. Já Heliogáballo, imperador romano de 218 a 222 d. C., tinha o costume de se vestir como mulher.²

Contudo, em 312 d. C., o imperador Constantino decidiu-se converter-se ao cristianismo, passando a discriminar rigorosamente a homossexualidade, cominando até pena de morte com o surgimento da Inquisição.

Em 1521, as Ordenações Manuelinas previam a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo.

No Brasil, em 1920 e 1930, homossexuais eram internados em manicômios para serem tratados com psiquiatras que utilizavam terapias de eletrochoque e confinamento.

Até os dias atuais o parâmetro binário como padrão da sexualidade humana (masculino e feminino) estabelecido pela sociedade, continua a legitimar a exclusão de pessoas que não se enquadram em tal classificação, restringindo suas liberdades de escolha e contradizendo os ideais de um Estado Democrático de Direito.

Mas, afinal, quem são os homossexuais? A categorização por si só pode gerar o risco de novas exclusões com relação a especificidades inimagináveis na realidade

¹ VILELA, Mário. Estudos de lexicologia do português. Coimbra: Almedina, 1994, p. 74.

² CALAZANS, Janaína de Holanda Costa; SILVA, Herculano Washington. A representação do amor em filmes com temáticas homossexuais. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 13., 2011, Maceió-AL. Anais eletrônicos... Maceió: INTERCON, 2011. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

social presente. Atualmente a sigla mais completa utilizada pelos movimentos homossexuais é LGBTTTIS, que significa: lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais, intersexuais e simpatizantes.

A sigla LGBTTTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais) indica uma população formada por pessoas que apresentam orientação sexual diversa do padrão eleito de forma preconceituosa pela sociedade, não obstante serem orientações que sempre existiram na história da humanidade.

Diante da identificação acima, as lésbicas e os gays estariam na categoria da homossexualidade feminina e masculina, respectivamente; os bissexuais apresentariam orientação ambivalente, ora pelo sexo masculino, ora pelo sexo feminino, sem prejuízo de que uma predomine sobre a outra; os transexuais são pessoas que apresentam identificação psicológica diversa da esperada pelo seu sexo biológico ou anatômico; os transgêneros são os indivíduos que, em sua forma particular de ser e/ou agir, ultrapassam as fronteiras de gêneros esperadas/construídas culturalmente para um e para o outro sexo; o travesti é a pessoa que deseja a aparência do sexo oposto, vestindo-se e comportando-se como tal, e essa aparência não está ligada necessariamente à sua orientação sexual; e intersexual é um termo utilizado para designar pessoas nascidas com genitália e/ou características sexuais secundárias que fogem dos padrões socialmente determinados para os sexos masculino ou feminino, tendo parcial ou completamente desenvolvidos ambos os órgãos sexuais, ou um predominado sobre o outro.³

Não obstante serem orientações que sempre existiram na história da humanidade, estas pessoas são rotuladas, estigmatizadas, excluídas da sociedade, agredidas em boates ou até mesmo nas ruas, por uma sociedade culturalmente incapaz de aceitar e apreciar a diversidade.

Segundo dados estatísticos, não tão apurados pela dificuldade de sua realização, no Brasil, a cada dois dias uma pessoa é assassinada em razão da sua orientação sexual.⁴ Isto faz com que o homossexual tenha sua condição humana reduzida a nada.

A Constituição Federal de 1988 inovou, colocando o princípio da dignidade da pessoa humana em posição de destaque e centralidade, como valor essencial, vez que o mesmo atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais.⁵

³ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p.97.

⁴ PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. A discriminação por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL "AS MINORIAS E O DIREITO", 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003. 272p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24), p. 155.

⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, n. 212, p. 93-107, 1998,.

Luís Roberto Barroso justifica a importância da dignidade da pessoa humana ser tratada como um princípio:

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance.⁶

No mesmo sentido leciona Rothenburg:

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica “mitificadora” e enganosa, frequentemente empregada para os princípios. Embora, normalmente, os princípios realizem melhor todas suas potencialidades quando desenvolvidos e particularizados por outras normas jurídicas, em casos-limites (como ausência, insuficiência ou inadequação destas) pode-se deduzir uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com supedâneo somente em princípios jurídicos.⁷

Logo, o princípio estará presente como fundamento para soluções das controvérsias, como um critério hermenêutico, notadamente interpretando a ordem infraconstitucional à luz da dignidade humana. Isto se dá em razão de se tratar de um princípio e, portanto, ser universal.

O inciso IV do artigo 3º do texto constitucional dispõe que é um dos objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tal determinação proibindo o preconceito possibilitou aos homossexuais, mesmo que ainda de forma discreta, exercer a liberdade de orientação e identidade sexuais mais aliviados.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12.

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 81.

O artigo 5º, em seus vários incisos, traz os direitos fundamentais, legitimando a igualdade, a liberdade, a intimidade, a privacidade, etc. Todos estes direitos tutelam a autocompreensão do indivíduo, sua identidade pessoal e sexual em um amplo conjunto de relações sociais.

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.⁸

As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. O respeito e o convívio com as diversidades são inerentes à vida em sociedade. A homossexualidade é um fato não interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da vida de cada um. A inexistência de lei expressa não significa ausência de direitos.

A única justificação racional para a diferenciação dos homossexuais é o preconceito e as práticas discriminatórias, estas sim vedadas pela Carta Magna, mesmo que de maneira genérica. Enquanto o legislador não se adapta a esta nova situação jurídica, cabe ao Poder Judiciário concretizar os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Certamente é a forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou de serem rotulados de homossexuais, até hoje se negaram a aprovar qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos à uniões homoafetivas. Ao menos não poderão alegar que a iniciativa desatende o desejo do povo

(...)

Ao identificar os objetivos fundamentais da República, a chamada Lei Maior assume o compromisso de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, ou qualquer outra forma de discriminação. No entanto, olvidou-se o constituinte de proibir, de modo expresso, discriminação em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero. Essa omissão gera um sistema de exclusão incompatível com os princípios democráticos

⁸ DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

de um Estado igualitário, deixando número significativo de cidadãos fora do âmbito da tutela jurídica. Diante desse imperdoável silêncio, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais são reféns de toda a sorte de violência. Como não estão ao abrigo da legislação que criminaliza a discriminação, as perseguições de que são vítimas restam impunes. Essa é a causa maior e a pior consequência da homofobia. Daí a indispensabilidade de inserir as expressões “orientação sexual ou identidade de gênero” no art. 3º, IV, e no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBT precisa ter sua identidade respeitada, bem como a necessidade de criminalizar is delitos fruto da intolerância homofóbica.⁹

No Brasil a homossexualidade e as relações homoafetivas são fatos lícitos, vez que o Direito não veda tais condutas. A liberdade é pautada pela autonomia privada, tendo cada pessoa o direito de fazer as próprias valorações morais e escolhas existenciais.

“Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar.”¹⁰

O pensamento preconceituoso e discriminatório da sociedade acaba por fomentar a violência, mesmo já sendo reconhecido por lei o direito à igualdade. Consoante Althusser¹¹, a imposição de comportamento realiza-se por diferentes aparelhos ideológicos, como a escola, a família, a religião, a política, a cultura, a informação.

Segundo este raciocínio os indivíduos não são vistos como seres humanos, mas como uma classificação, desde o nascimento, de acordo com a dicotomia de gêneros imposta pelos seus órgãos sexuais.

Aqueles que são diferentes fisicamente ou se comportam de maneira distinta são obrigados a submeterem-se a tratamentos para se adaptarem as expectativas sociais. Sacrifica-se a individualidade biológica e/ou psíquica em nome de uma suposta “normalidade”.

Isto tudo porque a definição de gênero serve para determinar o papel de cada um na sociedade: as profissões, o modo de vestir-se e falar, o papel na família, entre outros. Aquele que não se comporta como o sexo imprimido em seus documentos de identificação, sofre sanções das mais variadas.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Estatuto da diversidade sexual: uma lei por iniciativa popular. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 517-518.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e ser feliz. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

¹¹ ALTHUSSER, Louis. Sobre a reprodução. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 105.

A título ilustrativo traz-se a religião, que dita os bons costumes, a decência e a ordem moral aos seus seguidores. É o ensinamento de Perelman:

Uma moral de inspiração religiosa nos ordena obedecer aos mandamentos divinos, sejam eles quais forem; é imoral desobedecer-lhes. O direito virá em geral punir tal desobediência. Numa sociedade em que domina uma religião, a moral e mesmo o direito nela se inspiram. Mas, numa sociedade que aceita o pluralismo religioso, já não é a verdade religiosa, mas sim o respeito à liberdade em questão de religião e de consciência que se torna o valor fundamental. Esta é concebida como a expressão da dignidade e da autonomia da pessoa.¹²

Quem pretende viver em sociedade deve abdicar de certa parcela de liberdade, o que significa respeitar a liberdade das demais pessoas, atentando-se a alguns limites como a ausência de dano ao outro, a si próprio ou ao bem comum.

Reconhecer a liberdade dos homossexuais não implica em reduzir, nem mesmo restringir o direito dos demais. Significa apenas deixar aqueles que são excluídos exercerem seus próprios direitos. Impedir uma pessoa de exteriorizar e viver o seu afeto, a sua sexualidade é o mesmo que roubar-lhe a alma, é submetê-la ao projeto dos outros, é tirar-lhe a liberdade de ser, pensar e sentir.

O Direito Homoafetivo, então, nasce como uma designação adotada pelos juristas, na tentativa de expressar que a união não teria um caráter apenas sexual, mas também afetivo entre as pessoas do mesmo sexo. De acordo com Melina Fachin, essa modalidade jurídica consiste em “o direito a ter direitos”, vez que a estrutura da Constituição Federal possibilita, mesmo sem fazer referência expressa, a proteção da liberdade de orientação sexual e os direitos homoafetivos daí decorrentes como, por exemplo, o reconhecimento da união estável, a adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo, entre outros.¹³

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Carta Maior traz, em seu artigo 1º, os princípios fundamentais e, entre eles, está a dignidade da pessoa humana, no seu inciso III. É muito delicado precisar

¹² PERELMAN, Chaim. *Ética prática*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005, p. 315.

¹³ FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policromia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61-62.

o significado de dignidade da pessoa humana, contudo é fácil reconhecer o que ela não é.¹⁴

Alexandre Morais explica do que trata este princípio:

A dignidade da pessoa humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de domínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos¹⁵.

A dignidade da pessoa humana, como o próprio nome diz, é compreendida como qualidade inerente da própria condição humana e deve ser reconhecida, promovida, respeitada e protegida de violações. Ela representa o valor absoluto de cada ser humano, sendo irrenunciável e inalienável.¹⁶

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948 determina que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”¹⁷ Jorge Miranda acredita que justamente o fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência é que representa o denominador comum a todos os homens, expressando a igualdade.¹⁸

Ainda, Luiz Antonio Rizzatto Nunes interpreta tal princípio de uma forma um pouco mais abrangente, de modo que não é o simples fato de se nascer pessoa humana que se tem dignidade, mas também o direito da pessoa viver uma vida digna.¹⁹

Neste diapasão, questiona-se: tem uma vida digna aquele que não pode demonstrar afeto pelo seu companheiro em público, aquele que é discriminado

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

¹⁵ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.16.

¹⁶ SARLET, op. cit., 2012, p. 52.

¹⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. IV, p. 183.

¹⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

diante de uma entrevista de emprego por sua opção sexual, aquele que não pode se casar e constituir uma família?

A sexualidade é atributo físico e psíquico de uma pessoa, tão importante quanto qualquer outro elemento que integre a essência do ser. Assim, é latente que a liberdade de orientação sexual está diretamente atrelada à dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que:

A dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano²⁰.

A intolerância e o preconceito, sejam eles conscientes ou inconscientes, afrontam visceralmente os direitos fundamentais. Como afirmar que uma pessoa é menos digna porque tem preferências sexuais diferentes da maioria?

Para Luís Roberto Barroso “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por só existência no mundo.”²¹

Portanto, os fundamentos que justificam o respeito, a liberdade, a intimidade, a autonomia na escolha de parceiros, companheiros, cônjuges pelas pessoas heterossexuais são idênticos aos destinados às pessoas homossexuais, por serem todas humanas e, por isto, merecedores de uma vida digna.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal atribui unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, os quais repousam direta e imediatamente na dignidade da pessoa humana, no princípio que faz com que a pessoa seja o fim – e não o meio - da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Assim, os direitos fundamentais constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade humana e com base nela devem ser interpretados.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 372.

Para Dominique Rousseau, os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência através da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza, nem se torna efetiva, senão pelos direitos fundamentais.²²

Desta forma, são os direitos fundamentais *conditio sine qua non* de um Estado constitucional democrático, atuando como limitadores do poder estatal e, ao mesmo tempo, o legitimando em decorrência da própria ordem constitucional.²³

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a “fundamentalidade” destes direitos em três aspectos: a) trata-se de direitos de natureza supralegal, pois se encontram no ápice do ordenamento jurídico pátrio; b) uma vez normas constitucionais, submetem-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional, ou seja, são direitos péticos; c) são normas de aplicação direta, que vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas.²⁴

Cumprindo ainda salientar que os direitos fundamentais constantes na Carta Magna estão em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, bem como com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos. O presente artigo tratará dos seguintes direitos fundamentais: direito à igualdade, à liberdade e autonomia privada, à intimidade e à vida privada.

4.1 DIREITO À IGUALDADE

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.”²⁵

De acordo com a perspectiva aristotélica, igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

O direito à igualdade alcançou concretude, em termos práticos, de forma gradual, por meio de conscientização ou mobilização, e não é diferente no que diz respeito às relações homoafetivas. Por mais que haja este dispositivo constitucional impondo a todos o respeito à diversidade, não se trata de um assunto tão simples.

²² ROUSSEAU, Dominique. Les libertés individuelles et la dignité de la personne. Paris: Montchrestien, 1998, p. 70.

²³ PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 142.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

A Lei Maior mostra-se cuidadosa ao tratar da igualdade, vetando discriminações. Todavia, olvidou-se de proibir de modo expresso o tratamento desigual em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero, criando um sistema de exclusão, contrário a um Estado igualitário e democrático.

Tal esquecimento abre margem para a insegurança jurídica, deixando os LGBTTTTs à própria sorte, reféns de atitudes constrangedoras, vexatórias, que tenham por objetivo anular ou limitar direitos, e também da homofobia.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi entendem ser “homofobia” um termo problemático. São os homossexuais que são vítimas de perseguição e menosprezo que devem ter medo dos heterossexuais que os agridem. O agressor não tem medo da vítima. Por este motivo, consideram que o termo adequado seria violência contra minorias sexuais.²⁶

Para sanar este esquecimento do legislador, cabe ao Poder Judiciário tomar as providências cabíveis para que os homossexuais tenham seus direitos assegurados. É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto em comento:

Dessa forma, aquilo que justificaria a diferenciação com relação à homossexualidade, hoje se traduz em preconceito, não mais servindo como justificativa racional para práticas discriminatórias. Logo, não há razões, para não se adaptar as normas a esta nova situação jurídica. Enquanto isso não acontece por parte do legislador, cabe ao Poder Judiciário, nos casos concretos como o dos autos, concretizar o direito fundamental à igualdade assegurado constitucionalmente, somente afastado mediante razões suficientes, com uma carga de argumentação que justifique tratamentos desiguais, inexistente no caso concreto.²⁷

Esta decisão demonstra que a carência legislativa ainda é uma realidade, mas o Poder Judiciário vem cumprindo seu papel de realizar o direito e solucionar conflitos. Por mais que não haja uma lei específica para os direitos homoafetivos, não há também argumentos plausíveis que possam legitimar a inibição dos direitos homoafetivos, uma vez que todos são iguais perante a Lei Magna.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p.84.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 24.

4.2 DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

O direito à liberdade resta consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, o qual garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”²⁸

Conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso, do direito à liberdade decorre a autonomia privada de cada um. “Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência.”²⁹

Pode-se dizer que a liberdade e autonomia são a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, viver sua sexualidade sem amarras ou imposições, sem restrições sociais ou legais. Este raciocínio é produto da contemporaneidade e maturidade da doutrina e maior prática dos direitos humanos.³⁰

Para Andréa Karla Amaral de Galiza³¹, a autonomia privada consiste na capacidade de autodeterminação de comportamentos, incluindo a liberdade de fazer escolhas existenciais bem como patrimoniais. As escolhas existências dizem respeito a quem amar, com quem se casa, onde viver, para onde ir, etc.

Considerando que os casais homossexuais são recriminados por demonstrar qualquer tipo de afeto em público, impedidos de constituir família, ter filhos, ter uma determinada profissão, entre outros, não se pode afirmar que a eles está sendo oportunizado o livre exercício seus direitos fundamentais de liberdade e autonomia privada, pois não podem exteriorizar suas escolhas de vida.

4.3 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal prevê a proteção da intimidade e da vida privada. Ambos os direitos fazem referência da compreensão

²⁸ BRASIL, op. cit., 1998.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011, p. 124. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2013.

³⁰ FERRAZ, Carolina Valença. Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa. Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 203.

³¹ GALIZA, Andréa Karla Amaral de. Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 114.

do próprio indivíduo à respeito da sua identidade pessoal, independente de sua opção sexual.

Segundo René Ariel Dotti, a intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais”³² Neste diapasão, a intimidade abrange tudo aquilo que diz respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser, de agir, não importando se age em contextos discretos ou de total exclusão de terceiros.

Trata-se de uma subjetividade do indivíduo, a qual não segue normas, nem padrões objetivos, não exigindo publicidade ou condenação, por não envolver direito de terceiros.

[...] não se coloca em causa que o direito à vida privada consiste, a exemplo do que emblematicamente já se disse no direito norte-americano, no direito de estar só (the right to be let alone), no sentido, portanto, de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal (afetiva, sexual etc.) e familiar. Em causa, portanto, está o controle por parte do indivíduo sobre as informações que em princípio apenas lhe dizem respeito, por se tratar de informações a respeito de sua vida pessoal, de modo que se poderá mesmo dizer que se trata de um direito individual ao anonimato. Dito de outro modo, o direito à privacidade consiste num direito à ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados³³.

Caso assim não o fosse, todos teriam o direito de interferir na vida alheia provocando-lhes os mais diversos prejuízos, ofensas e amoralidades. Estas garantias oferecem, ainda que de maneira implícita, tutela constitucional a quaisquer características e opções, inclusive as de cunho sexual, sendo proibido que o direito infraconstitucional seja utilizado para tratar as pessoas de forma discriminadora.

³² DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 393-394.

5 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao se falar de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, não há como olvidar-se do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que o mesmo consiste em um conjunto de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para promover o respeito dos direitos humanos em âmbito mundial.³⁴

Após as barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial, houve um movimento da comunidade internacional em busca da proteção dos direitos humanos. Desta forma, tais direitos romperam as amarras da competência estatal exclusiva, sendo criados parâmetros internacionais sobre o tema, que devem ser seguidos e conformados pelos Estados.

Através de tratados internacionais, a comunidade internacional obriga os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e garantir direitos fundamentais. Contudo, é imprescindível a incorporação efetiva destes tratados no plano nacional para que estes objetivos sejam alcançados.

Este movimento flexibilizou a noção tradicional de soberania nacional, pois os países passaram a se submeter à autoridade das instituições internacionais quanto à tutela e fiscalização destes direitos no seu território.

No Brasil, a Constituição de 1988 situa-se como marco jurídico também pela institucionalização dos direitos humanos no país, ampliando assim o campo de direitos e garantias fundamentais. Ainda, a Carta atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados, status de norma constitucional. “É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional).”³⁵

O *jus cogens*, que, em latim, significa lei imperativa ou coercitiva, está previsto no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Esta “lei imperativa” - ainda que sua existência enquanto categoria normativa diferenciada seja controvertida - serve para designar, no campo internacional, uma norma peremptória geral que obriga os Estados e organizações internacionais, pela importância de seu conteúdo, regulando de modo inderrogável o cenário jurídico internacional.³⁶

³⁴ PIOVESAN, Fátia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

³⁵ PIOVESAN, op. cit., 2006, p. 54.

³⁶ NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. Revista Direito GV 2, v.1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

A título exemplificativo, mas não exaustivo, existem alguns tratados internacionais e regionais que determinam parâmetros que podem ser utilizados para proteção da população LGBTTTTI. São eles:

A) Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão de 1958, em seu artigo 1º. Este tratado não proíbe por si só a discriminação com base na orientação sexual, mas possibilita aos Estados partes o acréscimo de fundamentos adicionais. Na Austrália, em 1992, a ratificação desta convenção contribuiu para coibir a expulsão de homossexuais de suas forças armadas.

B) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, artigos 2 e 26. Em 1994, no caso *Toonen versus Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos estabeleceu que a referência ao “sexo”, no artigo 2, parágrafo 1º, sobre não discriminação e 26 sobre igualdade perante a lei do referido Pacto, deveria ser entendida pela inclusão da questão da orientação sexual. Como resultado, a Austrália revogou a lei de criminalização do ato sexual entre homens em seu Estado da Tasmânia. A partir deste caso, o Comitê de Direitos Humanos criou precedente dentro da Organização das Nações Unidas (ONU), referente à não discriminação contra os homossexuais.

C) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1981. Este tratado é relevante em casos de discriminação contra lésbicas, mulheres bissexuais e transgêneros.

D) Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, artigo 1º. Este tratado não se limita apenas aos Estados agentes, uma vez que o termo “tortura” é amplamente definido em seu artigo 1º:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa com o propósito de obter dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de função pública, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento e aquiescência³⁷.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984). Tratado Internacional. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

Isto demonstra a intenção em se apurar casos que envolvam os limites do tratado quando um Estado não os investiga ou os previne:

E) Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, artigo 2º. Este artigo proíbe a discriminação e requer que os Estados assegurem a proteção contra a segregação. Importante se faz, quanto às questões de discriminação por orientação sexual de crianças e/ou seus pais homossexuais.

F) Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Desde abril de 1993, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) tem reconhecido em muitas Opiniões Consultivas que gays e lésbicas se qualificam como membros de um “grupo social particular” para os propósitos da Convenção de 1951 e do Protocolo relativo ao Status de Refugiados de 1967. Em sua publicação “Protegendo os Refugiados”, a ACNUR declara que homossexuais podem ser considerados elegíveis para o status de refugiados com base em perseguição em razão de seu pertencimento a um grupo social particular. É política da ACNUR que pessoas as quais enfrentam ataques, tratamento desumano ou grave discriminação por causa de sua homossexualidade, e seus respectivos governos são incapazes ou imotivados para protegê-los, devem ser reconhecidas como refugiadas.

G) Convenção Americana de Direitos Humanos - Organização dos Estados Americanos (OEA). O primeiro caso sobre direitos humanos e orientação sexual no sistema interamericano foi o de Marta Alvarez que apresentou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma petição contra a Colômbia (Caso Velasquez Rodriguez versus Honduras, de 1998). A ela teria sido negado tratamento igualitário por conta da recusa das autoridades prisionais colombianas em permitir que tivesse visitas conjugais de sua companheira por causa de sua identidade sexual de lésbica. As leis colombianas consideram que as visitas conjugais são um direito para todos os cidadãos, independente da orientação sexual.

Percebe-se que não há algum tratado que aborde de modo expresso os direitos homoafetivos. Todavia, como foi demonstrado, isto não significa que os homossexuais não sejam sujeitos de direitos, ou mereçam ser diminuídos, excluídos, discriminados, torturados e etc.

Há um amplo leque de tratados internacionais que zelam pela proteção e exercício dos direitos humanos, possibilitando que se questione a validade das

atitudes preconceituosas contra a homossexualidade, condenando-as e vinculando os países a agirem de acordo com o *jus cogens*.

6 CENÁRIO ATUAL

A dúvida que ainda cabe é a seguinte: em quais casos a orientação ou identidade sexual justifica diferenças no tratamento jurídico? Anteriormente, costumava-se encontrar nas constituições, discriminações latentes aos homossexuais. Entretanto, os últimos anos caracterizaram a abolição de tais discriminações jurídicas explícitas. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi compilam algumas mudanças significativas que os LGBTTTIs alcançaram até o presente momento.

- A homossexualidade é descriminalizada, sendo as limitações da liberdade sexual impostas independentemente da opção dos envolvidos.
 - São abolidas praticamente todas as vedações de acesso a profissões de pessoas com identidade ou orientação sexual não aceita pela maioria.
 - Promove-se a equiparação jurídica de casais e famílias, independentemente do sexo e da orientação sexual de seus membros, incluindo direitos de adoção e de recebimento de benefícios previdenciários.
 - Tornam-se ilícitas práticas de discriminação que afetam a honra ou os interesses patrimoniais dos envolvidos.
- Essas tendências mundiais não devem ocultar o fato que, em muitos países, a orientação homossexual é penalizada. Tampouco deve ser ignorado que persistem discriminações na prática brasileira e internacional com justificativas que ocultam a referência à orientação ou identidade sexual.
- Há profissões e funções consideradas incompatíveis com minorias sexuais, alegando, contudo, que não se trata de discriminação da minoria, mas de não adaptação ao perfil desejado. As carreiras militares oferecem um exemplo.
 - Há limitações à adoção de crianças por homossexuais, invocando o (suposto) interesse da criança de não ser exposta a discriminações em razão das características de seus pais.
 - Em caso de transfusão de sangue há vedação para homossexuais do sexo masculino e para seus companheiros, alegando elevado risco estatístico de contaminação.
 - Os companheiros homossexuais enfrentam dificuldades para receber aposentadorias de companheiros, sob alegação de que a convivência não está devidamente comprovada ou não é suficiente para a equiparação ao casamento.

- A mudança de nome de acordo com as preferências de gêneros de seu titular enfrenta ainda obstáculos.
- A cirurgia de mudança de sexo também enfrenta obstáculos, sendo considerada em muitos países como mutilação. O Brasil por muito tempo seguiu o caminho de penalização de médicos que realizavam a cirurgia de redesignação sexual (“caso Roberto Farina”), e, mesmo quando foi aceita pelas associações médicas, continuou sendo vista com suspeita, enfrentando a falta de profissionais qualificados.³⁸

Percebe-se que não existe um fundamento jurídico que legitime de fato o preconceito, o que é imposto aos homossexuais são apenas pretextos que dificilmente alcançam um olhar ao direito homoafetivo. Isto demonstra a necessidade crescente de conscientização e mobilização da sociedade quanto à relevância dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, etc.

Felizmente, destacam-se duas decisões, uma da Corte Interamericana de Direitos Humanos e outra do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que demonstram a importância e o reconhecimento da dignidade humana e dos direitos fundamentais dos homossexuais.

O caso *Atala Riffo e Meninas contra o Chile*, que foi levado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, obteve sentença de mérito, responsabilizando Estado do Chile, no plano internacional, por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar de Atala Riffo, vez que a mesma, após o divórcio, constituiu união estável com outra mulher, resultando numa união homoafetiva, e por este motivo retirou-se de seus cuidados a guarda de suas filhas M., V. e R.

Na intenção de fomentar uma política internacional de direitos humanos, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos prepondera o entendimento de que os tribunais nacionais não devem fortalecer preconceitos, em oposição à política internacional da qual os países participam. É o entendimento de Jayme Benvenuto:

A questão está vinculada, com ampla referência na jurisprudência da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outros tribunais, à ideia de que o princípio da igualdade e não discriminação integra o domínio do *jus cogens*, a própria ordem pública internacional e nacional. A ideia de ordem pública é uma categoria da política que visa emprestar um grau democrático mais ampliado à produção de uma cultura favorável aos direitos humanos.

³⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

Em compatibilidade com a política internacional de direitos humanos, os Estados obrigaram-se não apenas a adotar medidas positivas para fazer valer os direitos humanos, mas devem abster-se de realizar ações dirigidas a criar, direta ou indiretamente, situações de discriminação, de direito ou de fato, em prejuízo de grupos determinados de pessoas. O que implica dizer que o Estado deve criar políticas consistentes em nível nacional para convalidar os termos dos acordos políticos no plano internacional.³⁹

O Estado do Chile foi responsabilizado por violação aos direitos à igualdade, à não discriminação, à vida privada e ao tratamento imparcial, entre outros direitos. Ainda, impuseram-se as seguintes obrigações: i) prestar assistência médica e psicológica gratuita e de qualidade para Atala Riffo e suas filhas; ii) publicar parte da sentença; iii) realizar ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional relacionada ao caso; iv) dar seguimento a programas educativos e de capacitação dirigidos a funcionários públicos em matéria de direitos humanos; e v) pagar indenização as vítimas pelas violações sofridas.

Já no caso brasileiro, foi reconhecido o fato de que, atualmente, no país existem muitos casais homossexuais e há cada vez mais aceitação deles pela sociedade. Resultado disto foi a decisão julgada procedente por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, através da qual foi reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar e também que deste laço decorrem todos os deveres e direitos que emanam da união estável entre homem e mulher. Na ementa do acórdão, o Ministro Carlos Ayres Britto consignou:

Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente

³⁹ BENVENUTO, Jayme. A política de combate à homofobia no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Atala Riffo e Meninas contra o Chile. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 561.

com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...] Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula Pétrea.⁴⁰

Referida ementa responde à inquietude do item anterior, ao explicitar que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”.

Chega a ser emocionante fazer a leitura de tal julgado por completo, analisando o voto de cada ministro e a beleza de como os direitos fundamentais são abordados. Infelizmente, o cenário da vida real ainda se encontra em guerra, onde de um lado os LGBTTTIs buscam aceitação e reconhecimento de seus direitos para que possam exercê-los de maneira pela e, de outro lado, a homofobia, o preconceito e a discriminação que insistem em manter seu território.

Casos como os estes aumentam a esperança de que um dia, quem sabe, a sociedade como um todo consiga conviver aceitando e apreciando a diversidade, possibilitando que os “diferentes” possam respirar aliviados, sem medo de serem estigmatizados, humilhados ou violentados, podendo demonstrar o amor em todas as suas formas e nomes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a igualdade formal de todos esteja prevista na Constituição Federal – através do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à igualdade, à liberdade e autonomia privada, bem como à intimidade e vida privada – e também no âmbito internacional – por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos – o preconceito, a discriminação, a homofobia, ainda formam uma barreira para que se possa atingir de fato a igualdade material entre todos.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe-198, 10 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em 13 nov. 2013.

Uma vez que os preconceitos são ensinados, aprendidos e incentivados pelos aparelhos ideológicos como a religião, a família, a escola e a cultura, favorecendo a manutenção da violência, é legítimo desenvolver estratégias no sentido de ampliar o conhecimento a respeito dos processos de produção dessa cultura de violência e buscar os meios de reparação que diminuam o sofrimento das vítimas e sejam capazes de evitar, e até mesmo abolir, outras situações de preconceito e violência.

O direito homoafetivo busca propiciar aos LGBTTTIs a igualdade material, para que os mesmos possam exercer seus direitos de forma plena, sem obstáculos, levando uma vida digna, não precisando reprimir seus desejos, muito menos suas demonstrações de afeto em público, podendo constituir família com seus companheiros, entre tantos outros.

Percebe-se no ordenamento jurídico pátrio, bem como nos tratados internacionais que existem diversos fundamentos jurídicos que legitimam o direito homoafetivo, combatendo o preconceito, a discriminação, a violência, ressaltando a importância e urgência de movimentos de conscientização e mobilização da sociedade quanto à relevância dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, etc.

Enquanto existirem cidadãos cujos direitos fundamentais não sejam respeitados, por diversas razões, seja por etnia, raça, idade, religião, opinião política e orientação ou identidade sexual, não se poderá afirmar que a sociedade brasileira é uma sociedade justa, igualitária, democrática e tolerante.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011. p. 124. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e ser feliz. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENVENUTO, Jayme. A política de combate à homofobia no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Atala Riffo e Meninas contra o Chile. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. **DJe-198**, 10 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em 13 nov. 2013.

CALAZANS, Janaína de Holanda Costa; SILVA, Herculano Washington. A representação do amor em filmes com temáticas homossexuais. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 13., 2011, Maceió - AL. **Anais eletrônicos...** Maceió: INTERCON, 2011. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Estatuto da diversidade sexual: uma lei por iniciativa popular. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policromia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ, Carolina Valença. Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa. **Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças**. São Paulo: Verbatim, 2012.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. IV.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV** 2, v.1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984)**. Tratado Internacional. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2013

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.unicrio.org.br/img/DecIU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

- PERELMAN, Chaim. **Ética prática**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.
- PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. **Os Limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- PIOVESAN, Fátia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. A discriminação por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL “AS MINORIAS E O DIREITO”, 2001, Brasília. **Anais...** Brasília: CJF, 2003. 272p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).
- ROUSSEAU, Dominique. **Les libertés individuelles et la dignité de la persone**. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 93-107, 1998.
- VILELA, Mário. **Estudos de lexicologia do português**. Coimbra: Almedina, 1994.

Recebido em: 08 de dezembro de 2013.

Aceito em: 05 de fevereiro de 2014.