

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

IZABEL ROSA MOREIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL À DIVERSIDADE SEXUAL: o**  
reconhecimento jurídico da homoafetividade no Brasil

Uberlândia  
2013

IZABEL ROSA MOREIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL À DIVERSIDADE SEXUAL: o**  
reconhecimento jurídico da homoafetividade no Brasil

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação – Mestrado – da Universidade Federal de Uberlândia – Faculdade de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Renato Almeida  
Muçouçah  
Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da  
Silva

Uberlândia  
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

---

M838d     Moreira, Izabel Rosa, 1985.  
2014        Direito fundamental à diversidade sexual : o reconhecimento jurídico da  
              homoafetividade no Brasil. / - Uberlândia, 2014.  
              160 f.

              Orientador: Renato Almeida Muçouçah.  
              Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,  
Programa de Pós-Graduação em Direito.  
              Inclui bibliografia.

              1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Direitos dos  
homossexuais - Teses. 4. Igualdade perante a lei - Teses. I. Muçouçah,  
Renato de Almeida Oliveira. II. Universidade Federal de Uberlândia.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

---

**DIREITO FUNDAMENTAL À DIVERSIDADE SEXUAL:** o reconhecimento jurídico da  
homoafetividade no Brasil

Dissertação aprovada para a obtenção do título  
de Mestre no Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Uberlândia  
(MG) pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 12 de dezembro de 2013.

---

PROF. DR. RENATO ALMEIDA MUÇOUÇAH

---

PROF. DR. ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA

---

PROF. DRA. GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

---

PROF. DR. FERNANDO RODRIGUES MARTINS

*Aos meus pais,  
Pelo porto seguro, e principalmente pelo grande incentivo. Sem vocês  
nada seria possível.*

*Ao Lucas,  
Amor que acolhe, amor que inspira, amor que engrandece. Presença  
fundamental em cada conquista.*

## **RESUMO**

A presente pesquisa tem como objetivo analisar o retrospecto histórico do homoafetivo, as discriminações enfrentadas no passado e nos dias hodiernos, bem como verificar se houve, de fato, mudanças significativas em relação ao tratamento dispensado a esses indivíduos, como por exemplo, a efetivação de alguns direitos inerentes a todo cidadão. Pretende-se averiguar se o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário contribuem para a integração desses indivíduos. Em caso afirmativo, busca-se saber qual papel cada Poder desempenha para a construção de uma sociedade mais igualitária e democrática, na qual a inclusão do cidadão homoafetivo à sociedade é medida lógica. O escopo do presente trabalho é demonstrar também o quão importante é a inclusão da diversidade sexual como direito fundamental, pois se acredita que a partir dessa inserção os homoafetivos terão seus direitos basilares assegurados, haja vista que a orientação sexual de cada pessoa não será mais determinante para assegurar seus direitos.

Palavras-chave: homoafetivo – direitos – Constituição Federal – inclusão – Estado

## **RESUMEN**

Esta investigación tiene como objetivo analizar la retrospectiva histórica de homoafetivo, objeto de discriminación en el pasado y en los días hodiernos y comprobar si lo había, de hecho, los cambios significativos en relación con el tratamiento de estas personas, tales como la ejecución de algunos derechos inherentes a todos los ciudadanos. Se pretende comprobar si el legislativo, el ejecutivo y el judicial contribuyen a la integración de estas personas. Si es así, tratamos de saber qué papel juega cada uno de energía para construir una lógica más igualitaria y democrática, donde se mide la incorporación de ciudadanos de la sociedad homoafetivo. El alcance de este trabajo es también para demostrar lo importante que es la inclusión de la diversidad sexual como un derecho fundamental, se cree que a partir de este anexo tendrá el homosexual sus derechos básicos garantizados, dado que la orientación sexual de cada persona ya no será decisiva para asegurar sus derechos.

Palabras clave relacionadas: homoafetivo – derechos – Constitución – inclusión – Estado Federal

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF: Constituição Federal

CC: Código Civil

CCJC: Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CCP: Coordenação de Comissão Permanente

CDHM: Comissão de Direito Humanos e Minorias

CFT: Comissão de Finanças e Tributação

CNCD: Conselho Nacional de Discriminação

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CSSF: Comissão de Seguridade Social e Família

Coord. Coordenador

DPVAT: Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores e Vias Terrestres

Ed: Edição

In: parte da obra

ONU: Organização das Nações Unidas

Org: organizador

p. página, páginas

PDC: o Projeto de Decreto Legislativo

PEC: Proposta de Emenda Constitucional

PCdoB: Partido do Socialismo

PDT: Partido Democrático Trabalhista

PFL: Partido da Frente Liberal

PGFN: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

PL: Projeto de Lei

PMDB: Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PRB: Partido Republicano Brasileiro

PRONA: Partido de Reedificação da Ordem Nacional

PSB: Partido Socialista Brasileiro

PSC: Partido Social Cristão

PSDB: Partido da Social Democracia Brasileira

PST: Partido Social Trabalhista

PT: Partido dos Trabalhadores

PTC: Partido Trabalhista Cristão

PV: Partido Verde

PPS: Partido Popular Socialista

séc. século

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

v. volume

## SUMÁRIO

|            |                                                                                                       |            |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1.</b>  | <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                | <b>13</b>  |
| <b>2.</b>  | <b>IDENTIDADE SOCIAL: DIVERSIDADE SEXUAL.....</b>                                                     | <b>18</b>  |
| <b>2.1</b> | <b>O retrospecto do preconceito: desenvolvimento histórico.....</b>                                   | <b>18</b>  |
| 2.1.1      | <i>Transformação terminológica.....</i>                                                               | <i>22</i>  |
| 2.1.2      | <i>Família: um instituto em mutação.....</i>                                                          | <i>24</i>  |
| <b>2.2</b> | <b>A pluralidade das diversidades: tipologia e seus direitos.....</b>                                 | <b>28</b>  |
| 2.2.1      | <i>Homoafetivo: um cidadão em busca de seus direitos.....</i>                                         | <i>29</i>  |
| 2.2.2      | <i>Travesti: conflitos psicológicos.....</i>                                                          | <i>29</i>  |
| 2.2.3      | <i>Transexual: uma mudança fisiológica.....</i>                                                       | <i>30</i>  |
| 2.2.4      | <i>As diversidades e seus direitos basilares.....</i>                                                 | <i>31</i>  |
| <b>2.3</b> | <b>Direitos Fundamentais à luz da diversidade sexual.....</b>                                         | <b>40</b>  |
| 2.3.1      | <i>Igualdade.....</i>                                                                                 | <i>41</i>  |
| 2.3.1.1    | <i>A igualdade Aristotélica.....</i>                                                                  | <i>41</i>  |
| 2.3.1.2    | <i>Consagração do princípio da igualdade.....</i>                                                     | <i>45</i>  |
| 2.3.1.3    | <i>Histórico do Princípio da Igualdade nas Constituições Brasileiras.....</i>                         | <i>46</i>  |
| 2.3.1.4    | <i>O cidadão homoafetivo e o princípio da igualdade.....</i>                                          | <i>49</i>  |
| 2.3.1.5    | <i>Os mecanismos (jurídicos) para a efetivação da igualdade (material).....</i>                       | <i>51</i>  |
| 2.3.2      | <i>Liberdade.....</i>                                                                                 | <i>54</i>  |
| 2.3.2.1    | <i>Concepção filosófica de liberdade.....</i>                                                         | <i>54</i>  |
| 2.3.2.2    | <i>Do direito à liberdade.....</i>                                                                    | <i>60</i>  |
| 2.3.2.3    | <i>Liberdade de orientação sexual.....</i>                                                            | <i>64</i>  |
| 2.3.3      | <i>Fundamentalidade da diversidade sexual.....</i>                                                    | <i>67</i>  |
| <b>3.</b>  | <b>LEGISLAÇÕES E DECISÕES SOBRE AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS:<br/>RESGATE HISTÓRICO E ATUALIDADE.....</b> | <b>72</b>  |
| <b>3.1</b> | <b>Projetos de Leis: contribuições parlamentares.....</b>                                             | <b>73</b>  |
| <b>3.2</b> | <b>Constituições Estaduais e Leis Estaduais.....</b>                                                  | <b>86</b>  |
| <b>3.3</b> | <b>Normatizações e Portarias Ministeriais.....</b>                                                    | <b>92</b>  |
| <b>4.</b>  | <b>JULGAMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132: UMA NOVA<br/>PERSPECTIVA AO DIREITO BRASILEIRO.....</b>      | <b>99</b>  |
| <b>4.1</b> | <b>Escolas teóricas: correntes.....</b>                                                               | <b>100</b> |
| 4.1.1      | <i>Pragmatismo.....</i>                                                                               | <i>101</i> |
| 4.1.1.1    | <i>Origem do pragmatismo.....</i>                                                                     | <i>101</i> |

|         |                                                                                                   |            |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1.1.2 | Pragmatismo jurídico.....                                                                         | 103        |
| 4.1.1.3 | Pragmatismo jurídico no Brasil.....                                                               | 108        |
| 4.1.2   | <i>Leitura Moral</i> .....                                                                        | 110        |
| 4.1.3   | <i>Minimalismo</i> .....                                                                          | 114        |
| 4.2     | <b>Análise argumentativa dos votos da ADI 4277 e ADPF 132.....</b>                                | <b>121</b> |
| 4.2.1   | <i>Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com Constituição Federal</i> ..... | 121        |
| 4.2.2   | <i>Decisão pragmatista</i> .....                                                                  | 125        |
| 4.2.3   | <i>Decisão leitura moral</i> .....                                                                | 129        |
| 4.2.4   | <i>Decisão Minimalista</i> .....                                                                  | 135        |
| 4.3     | <b>Consequências jurídicas e sociais do julgamento da ADI4277 e ADPF 132.....</b>                 | <b>138</b> |
| 5.      | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                  | <b>144</b> |
|         | <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                           | <b>148</b> |
|         | <b>ANEXOS.....</b>                                                                                | <b>156</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os direitos homoafetivos sob a ótica da hermenêutica constitucional por meio de uma interpretação sistemática e teleológica. Busca também verificar se a igualdade formal e material estão sendo asseguradas pelo Poder Judiciário e de que maneira a garantia desse direito pode influenciar os demais Poderes. Pretende-se contribuir no campo doutrinário, para o surgimento e aperfeiçoamento de teorias em favor da dignidade humana para todos, independentemente da orientação sexual de cada indivíduo, bem como ressaltar a relevância imediata da inclusão do direito à diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais.

A homoafetividade, hodiernamente, é um dos assuntos mais polêmicos no mundo jurídico, pois enquanto o Poder Judiciário tenta, aos poucos, efetivar o princípio da igualdade para todos os cidadãos, os demais Poderes e até a própria sociedade, com preconceito e discriminação deixam à margem esses indivíduos.

Diante da exclusão vivida diariamente por muitos homoafetivos, os Poderes Legislativo e Executivo pouco fazem. O primeiro porque ainda não legislou especificamente sobre os direitos e garantias desses indivíduos e segundo porque ainda não implementou de forma assertiva políticas públicas de inclusão dessa minoria.

Ante a omissão desses dois Poderes, direitos simples, entretanto, relevante para qualquer pessoa, não possuem efetividade para os homoafetivos, tais como os direitos à liberdade de locomoção, de expressão e de escolha.

Na contramão dos demais Poderes, o Poder Judiciário vem garantindo alguns direitos aos homoafetivos, na tentativa de manter uma igualdade formal e material entre todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual. Foi o que ocorreu em decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF), que ao fazer uma interpretação conforme a Constituição, equiparou a união homoafetiva à união estável. Porém, em muitos casos o Judiciário nada pode fazer, tendo em vista que não é de sua competência legislar e tampouco implementar ações afirmativas a essas pessoas.

Em consonância com essa marcante decisão do STF, o presente estudo tem o escopo de contribuir para que seja respeitada a igualdade formal e também material, bem como a

liberdade de todos os cidadãos brasileiros. Pretende cooperar de forma direta com uma "reconstrução cidadã" em nosso país, a começar pela inclusão do direito à diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais, e as consequências advindas dessa inserção.

Não é de hoje que os homoafetivos vêm travando uma verdadeira batalha em busca de um direito que lhes é inerente: serem reconhecidos e respeitados como verdadeiramente são. A palavra homossexualismo, homossexualidade ou homoafetividade carrega, por si só, uma forte carga de preconceito e credice, e ainda é vista por muitos como algo negativo, ofensivo, que vai contra as leis divinas, não merecendo qualquer respaldo jurídico. Talvez a não separação entre religião e justiça seja o maior dos problemas enfrentados atualmente pelos homoafetivos na luta diária contra a discriminação.

Em um primeiro momento, mister se faz reconhecer a presença cada vez maior de indivíduos que assumem sua orientação sexual. É inegável o fato de que os cidadãos homoafetivos, com o passar dos anos, tem admitido seu afeto por pessoas do mesmo sexo, buscando o reconhecimento jurídico de seus direitos. Portanto, não se trata em concordar ou gostar dessas escolhas, mas reconhecer que elas existem e que devem ser respeitadas.

O que observamos hodiernamente é que os homoafetivos têm vivido à margem da sociedade, tendo direitos básicos e fundamentais sonogados. Não bastasse a discriminação que enfrentam no dia-a-dia, ainda não lhes são efetivados direitos constitucionais, verdadeira afronta ao atual Estado Democrático de Direito.

O constituinte de 1988 consagrou nos arts. 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação e aplicação de todas as normas que o constituem. Está expresso no inciso III do art. 1º da CF/88 que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do atual Estado Democrático e Social de Direito.

Sobre o tema, Sarlet (2001) assevera que o princípio da dignidade humana é intrínseco a todo ser humano, fazendo-o merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em um conjunto de direitos e deveres que assegurem ao indivíduo um tratamento digno e humano, que garanta as condições mínimas para uma vida saudável, além de promover sua participação ativa, fazendo-o responsável pelo seu destino e pelas suas escolhas.

Por meio desse conceito, resta evidente a íntima ligação entre o princípio da proteção da dignidade humana com o direito à diversidade sexual, uma vez que sem aquele, este não tem condições de existir. Não há dúvida que o indivíduo homoafetivo apenas se sentirá realmente digno quando puder, de fato, assumir sua condição sexual, sem medo de ser discriminado ou até mesmo, ver diminuídos alguns de seus direitos constitucionalmente assegurados.

Giorgis (2002) defende que há uma relação direta entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual, pois este é um traço constitutivo de cada indivíduo. A nossa Constituição Federal, em seu art. 1º, III, garante aos cidadãos mais que uma simples abstenção de invasões ilegítimas em suas esferas pessoais. Assegura a promoção positiva de suas liberdades.

É no princípio da dignidade da pessoa humana que, de uma forma ou de outra, está a base e o substrato dos nossos direitos fundamentais. A dignidade humana com o seu núcleo – vida, liberdade e igualdade – constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais e tem ainda função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos. É um dos fundamentos do Estado Democrático e Social.

Sarlet (2001) aduz que o indivíduo apenas por existir já possui o direito à dignidade humana, relacionando-a com a liberdade e a identidade de cada um, e com as condições mínimas de subsistência. A efetivação desse princípio representa a superação da intolerância, da discriminação e exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente.

O princípio da isonomia, esculpido no *caput* do art. 5º de nossa Lei Maior, garante que todos são iguais perante a lei, proibindo distinções de quaisquer tipos, garantindo que todos são igualmente merecedores da proteção estatal, repugnando qualquer forma de discriminação ou diferenciação dos cidadãos.

O mesmo dispositivo consagra o princípio da liberdade, que deve ser interpretado em sentido amplo, incluindo o direito à liberdade sexual. Dessa forma, cabe somente ao indivíduo formar suas convicções e trilhar o seu caminho, unicamente com suas escolhas. Cada pessoa é livre para eleger seu modo de vida, não devendo receber quaisquer tipos de retaliações, seja da sociedade ou do Estado.

Não há que se falar em igualdade e liberdade se o indivíduo não pode assumir sua orientação sexual. O reconhecimento do direito à diversidade sexual é o meio para se efetivar os princípios e fundamentos que norteiam todo o ordenamento jurídico pátrio. Não se pode admitir, em pleno século XXI, que pessoas tenham direitos fundamentais desrespeitados pelo simples fato de assumirem sua condição homoafetiva.

Nesse diapasão, Bobbio (2004) esclarece que os direitos fundamentais, são, *a priori*, direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas e reivindicações em prol de novas liberdades contra velhos poderes. São direitos nascidos gradualmente, não de uma só vez, nem de uma vez por todas.

Todo o exposto corrobora o entendimento de que o reconhecimento do direito à diversidade sexual como direito fundamental é o primeiro passo na busca da efetivação dos direitos dos homoafetivos. Tal admissão seria o alicerce na concretização de diversos direitos espalhados pelo ordenamento jurídico pátrio em favor desses cidadãos.

A partir do mencionado reconhecimento, a inclusão da diversidade sexual, de forma expressa, no rol do art. 5º é medida lógica e decorrente. Possibilitará que os homoafetivos tenham seus direitos garantidos e respeitos, à medida que o direito fundamental à diversidade sexual seria o fundamento e a base de todas as decisões nas quais estiver em pauta um direito de um cidadão homoafetivo.

A jurista Maria Berenice Dias assevera de forma clara e objetiva que a homoafetividade não pode ser extirpada do mundo jurídico e deve ser reconhecida e inserida no rol dos direitos fundamentais, pois se trata de um direito individual, social e difuso<sup>1</sup>.

Convém ressaltar a importância de uma adequada hermenêutica constitucional acerca dos dispositivos que afetam o assunto. Embora alguns direitos não estejam expressos e literalmente previstos, não quer dizer que não existam. Uma interpretação apropriada, pautada pelos critérios teleológicos e sistemáticos, mostra que o direito à diversidade sexual deve ser reconhecido como pleno direito fundamental, dada a coesão do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, pretende-se, com o presente trabalho, lançar algumas questões e consequentemente alcançar algumas respostas sobre o tema da diversidade sexual e os avanços sociais e jurídicos da sua admissão no rol dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A inclusão da diversidade sexual como direito fundamental contribui de forma direta para a efetivação da igualdade formal e material do homoafetivo, uma vez que o Poder Judiciário deverá embasar-se neste fundamento para a tomada de todas as suas decisões. Desta feita, para conceder algum direito ao cidadão homoafetivo não será mais necessário fazer uma interpretação conforme a Constituição e tampouco ficará ao encargo dos órgãos julgadores a faculdade de garantir ou não direitos em favor dessa minoria.

Desta forma, o problema basilar desta pesquisa tem o seguinte questionamento: *Em que medida os direitos fundamentais estão sendo garantidos aos cidadãos homafetivos, e de que maneira a inserção da diversidade sexual como direito fundamental irá contribuir no campo jurídico para a efetivação de direitos basilares?*

Para atingir os objetivos pretendidos neste estudo será utilizada uma abordagem dedutiva, que irá fornecer um raciocínio lógico para explicar, do geral para o particular, demonstrando que o homoafetivo é um cidadão e como tal possui (embasando-se nos fundamentos teóricos dos princípios dos direitos e garantias fundamentais) os mesmos direitos que os demais indivíduos. Será adotado o método analógico como base para análises e interpretações. A técnica empregada será a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, doutrinária e legislações pátrias.

O presente trabalho está dividido em três capítulos, a saber: o primeiro faz um retrospecto acerca do preconceito em relação aos homoafetivos, versando ainda sobre os direitos fundamentais sob a ótica da diversidade sexual e também uma análise acerca da relevância do direito fundamental à diversidade sexual. O segundo faz um esboço da omissão do Poder Legislativo em formular leis que assegurem direitos aos homoafetivos, por meio de uma sinopse que mostra todas as propostas de leis apresentadas no Congresso Nacional sobre a temática, após a vigência da Constituição de 1988, e também algumas resoluções normativas relevantes para o caso. O terceiro e último capítulo apresenta um estudo de caso concreto, através da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 4277 e ADF 132.

## **2. IDENTIDADE SOCIAL: DIVERSIDADE SEXUAL**

Podemos definir, a princípio, que a identidade é um traço fundamental que diferencia um indivíduo de outro, um grupo de outro grupo e uma cultura de outra. Além da identidade individual de cada ser humano, há ainda a identidade social, que é aquela na qual os indivíduos se identificam uns com os outros e se unem por uma ou mais características que lhes são comuns.

O presente capítulo irá tratar da identidade não apenas de um indivíduo, mas de um grupo de indivíduos que se agrupam não somente por suas características, mas principalmente pelos objetivos que têm em comum.

A busca pelo reconhecimento da diversidade sexual é um fator que une inúmeros indivíduos. Mesmo cada um possuindo características próprias e distintas dos demais, esse objetivo aproxima pessoas que, à primeira vista, poderiam não ter nada em comum, mas que se uniram por uma finalidade maior, formando entre si uma identidade social.

O capítulo irá discorrer sobre os cidadãos homoafetivos, mostrando o preconceito que sofreram e ainda continuam sofrendo, a identidade de cada membro que compõe a identidade social em prol da diversidade sexual, bem como alguns direitos que não assegurados em sua plenitude a esses sujeitos.

### **2.1. O retrospecto do preconceito: desenvolvimento histórico**

A homoafetividade não é um fenômeno do século XXI. A história relata que desde as culturas, consideradas primitivas, já existiam relações homossexuais. É também desde os nossos ancestrais que há discriminação e, em algumas culturas, até perseguição em relação aos homoafetivos. A seguir, de forma abreviada, será feito um retrospecto acerca do tratamento dispensado aos homoafetivos em algumas sociedades.

Na antiguidade, como por exemplo, na Grécia Antiga e no Império Romano, a homoafetividade era bem aceita por todos e consistia em uma relação entre dois homens

baseada no afeto e na sabedoria. Acreditava-se que o relacionamento homoafetivo era uma forma de evolução cultural, pois enquanto a relação entre um homem e uma mulher tinha como escopo a procriação, a relação entre dois homens tinha como objetivo a transmissão da sabedoria, já que por meio da relação homoafetiva o jovem adquiria os conhecimentos do mais velho e era inserido na sociedade.

Na Idade Média a Santa Inquisição foi a maior perseguidora dos homoafetivos masculinos, intitulado-os como sodomitas. A perseguição ocorreu com o intuito de preservar os mandamentos divinos, ou seja, deveriam relacionar-se sexualmente apenas o homem e a mulher, com a finalidade de procriar.

A Europa no século IV, até o Renascimento, assistiu uma implacável perseguição não apenas aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos desígnios divinos e co-responsáveis pelos males do mundo, produtos da ira de Deus (...) restava aos homossexuais três alternativas de penas a escolher: auto-castração, ser enterrado vivo ou ser queimado vivo. (DAGNESE, 2000, p. 16).

As Ordenações Filipinas, sob forte influência da Igreja Católica, tratavam a homoafetividade como um crime: os homoafetivos deveriam ser duramente penalizados, como por exemplo, serem queimados vivos. A pessoa que tivesse conhecimento que um indivíduo fosse homoafetivo e não denunciasse tal fato às autoridades, tinha como castigo a perda de seus pertences e seu afastamento perpétuo para fora do reino.

No Brasil com o advento da Constituição Federal de 1824 e o Código Criminal de 1890, a sodomia desapareceu da legislação pátria. A partir dessa época, não houve mais em nosso ordenamento jurídico uma perseguição expressa aos homoafetivos, por meio do crime de sodomia, entretanto, a perseguição de maneira velada perdura até os dias hodiernos.

Em outros países, as leis que incitavam o preconceito e a perseguição contra os homoafetivos demoraram mais tempo do que a legislação brasileira para serem alteradas. A seguir, serão arrolados alguns países que possuíam em seus ordenamentos sanções para o indivíduo homoafetivo.

Na Alemanha, em 1871, havia disposições normativas para reprimir a

homoafetividade masculina, que foram modificadas somente em 1969. No Reino Unido, ainda em 1885, leis estabeleciam penas de prisão para homens que praticassem relações homoafetivas. Essas leis foram revogadas apenas nos anos de 1967 e 1982. Na Rússia, antes da revolução socialista de 1917, as penas eram leves e dificilmente havia perseguições aos homoafetivos. Contudo, à época em que Stalin governou o país, a prisão era a pena prevista para o “crime” da homoafetividade. Na França, a restrição legal introduzida em 1942, que reprimia relações homoafetivas entre um maior e um menor, somente foi abolida em 1982.<sup>2</sup>

Antes da revogação das leis que criminalizavam a homoafetividade nos países europeus, houve muita perseguição e morte dos cidadãos homoafetivos, mais especificamente na Segunda Guerra Mundial. Foi na Alemanha, em pleno século XX, durante o governo nazista de Adolph Hitler, que o mundo presenciou um dos maiores massacres já vistos contra os homoafetivos.

Em 1933 publicações referentes ao tema (homossexualidade) foram proibidas e recolhidas; em seguida, a privacidade das moradias pôde ser violada indiscriminadamente como forma de controle e vigilância, locais públicos para trânsito de homossexuais foram limitados, sob o argumento de se tratar de impureza de raça, além de crime contra a humanidade por impedir sua perpetuação, sendo frequentemente comparada a prática homossexual com o aborto. (...). Em 1941, Hitler ressuscitaria a pena de morte para homossexuais (...). Os campos de concentração começavam sua tarefa de arrecadar e posteriormente exterminar, as perigosas ameaças sociais, incluindo os homossexuais. (DAGNESE, 2000, p. 19).

A perseguição contra os homoafetivos estendeu-se por décadas, até que nos anos 60 houve a chamada Revolução Sexual<sup>3</sup>, durante a qual vários homoafetivos saíram às ruas para manifestarem sua orientação sexual e mostrar à sociedade que eles existiam, depois de tanto tempo excluídos. Aos poucos, nas grandes cidades, como Nova York, Los Angeles, dentre outras, foram surgindo bares, restaurantes e praças que passaram a ser frequentadas destemidamente por homossexuais.

---

<sup>2</sup> Disponível em:

[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/diversidade\\_sexual\\_na\\_educacao\\_e\\_homofobia\\_nas\\_escolas.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/diversidade_sexual_na_educacao_e_homofobia_nas_escolas.pdf). Acesso em 10. set. 2013.

<sup>3</sup> A Revolução Sexual ocorreu nos países ocidentais no período de 1960 a 1970. Houve à época várias transformações no aspecto comportamental/sexual, dentre eles; uma maior aceitação do sexo fora das relações tradicionais como as heterossexuais e as matrimoniais. Métodos contraceptivos, feminismo e relação entre pessoas do mesmo sexo também foram exaltadas e defendidas pela Revolução.

Na década de 70, nos Estados Unidos, surgiu o movimento homossexual organizado, o qual contava com a ajuda da mídia, de políticos e de celebridades, que apoiavam a atitude corajosa daqueles homens e mulheres que passaram a reivindicar seus direitos. As décadas seguintes foram marcadas por manifestações em vários países com o intuito desses indivíduos terem pelo o menos o mínimo de direitos garantidos.

Atenuando as infundadas perseguições religiosas e os preconceitos legitimados pelo poder dominante (e pelo discurso científico – médico, psiquiátrico, jurídico), a história a partir de meados do século XX, evidencia uma maior tolerância e razoável respeito aos homossexuais – pelo menos, no mundo Ocidental, como reflexo da posituação transacional dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana, através da proteção ao livre exercício da sexualidade. (SILVA JUNIOR, 2007, p. 55).

Como foi constatado, houve um grande progresso no tocante à descriminalização da homoafetividade. Vários países, com o passar dos anos, excluíram de seus códigos a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, como sendo crime. Entretanto, em pleno século XXI, ainda há países que criminalizam tal fato, aplicando sanções severas aos indivíduos que cometem tais “crimes”.

Atualmente, 78 países consideram a homoafetividade um crime, dentre esses Estados, cinco deles têm como sanção para o mencionado “delito”, a pena de morte.

Países como Afeganistão, Egito, Iraque, Paquistão, Marrocos, Singapura, Senegal, Síria, Tunísia, dentre outros, têm como punição para quem é homoafetivo a cadeia. Já nos países como Irã, Arábia Saudita, Iêmen, Mauritânia, Sudão, as regiões do norte da Nigéria e o sul da Somália, a pena é mais severa, qual seja, a pena de morte<sup>4</sup>.

Se analisarmos o histórico do preconceito em relação aos cidadãos homoafetivos, podemos constatar que houve um grande progresso no tocante à descriminalização da homoafetividade. Entretanto, ainda há nos dias atuais países que não aceitam de forma pacífica a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, e com o intuito de coibirem tais relações, editam leis severas e absurdas, criminalizando um fato que não deve ser passível de sanção, mas sim, de respeito, por parte do Estado e da sociedade.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br>. Acesso em: 10 de ago.2013.

### 2.1.1 Transformação terminológica

Outrora os homoafetivos eram considerados doentes, com distúrbios psíquicos. Havia previsão de tratamento para a cura dessa “enfermidade” e muitos psicólogos e psiquiatras prescreviam intervenções terapêuticas com essa finalidade. A homoafetividade era considerada uma doença curável, bastando o paciente seguir as recomendações médicas.

Foi baseado nessa “teoria” que surgiu a expressão homossexualismo. O sufixo “ismo” significa desvio, patologia ou transtorno. Em 1952, a Associação Americana de Psiquiatria publicou, em seu primeiro Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mentais<sup>5</sup>, que o homossexualismo era uma desordem mental. Em consequência disso, os cientistas passaram a estudar o caso. Todavia, os estudiosos da época não conseguiram provar que o homossexualismo era, cientificamente, um distúrbio mental.

No ano de 1973 a Associação Americana de Psiquiatria, por falta de comprovação científica de que o homossexualismo era uma doença, acabou por retirá-lo da lista de transtornos mentais. Em sentido contrário à decisão da Associação Americana de Psiquiatria, a Organização Mundial de Saúde, em 1977, incluiu o homossexualismo na classificação internacional de doenças (CID-9) como uma doença mental. O Brasil, no ano de 1985, por meio do Conselho Federal de Psicologia deixou de tratar o homossexualismo como uma doença, passando a considerá-lo não prejudicial à sociedade e ao indivíduo.

Os avanços nas áreas da Medicina, da Psicologia e da Psicanálise se conduziram a retirara do termo homossexualismo da lista dos distúrbios mentais e emocionais, em 1973, da Associação Americana de Psiquiatria (APA) (...) Com a desclassificação como doença mental, a Associação Brasileira de Psiquiatria aprovou, em 1984, uma resolução, afirmando que a homossexualidade não implica prejuízo nas aptidões sociais ou vocacionais, nem no raciocínio, estabilidade e confiabilidade. Em 1985, o Conselho Federal de Medicina deixou de considerá-la um desvio sexual. (...). O Conselho Federal de Psicologia, a partir da Resolução 1/99, passou a proibir que os psicólogos manifestem opinião pública de que a homossexualidade seja doença ou proponham a cura para essa manifestação sexual, que não é patológica. (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 57).

---

<sup>5</sup> (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM) é um manual para profissionais da área da saúde mental que lista diferentes categorias de transtornos mentais e critérios para diagnosticá-los, de acordo com a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association – APA).

No dia 17 de maio de 1990, na revisão da Classificação Internacional de Doenças a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou o homossexualismo da lista internacional de doenças. Desta feita, a denominação homossexualismo foi abolida, dando lugar à expressão homossexualidade.

Ante a retirada do homossexualismo do rol de doenças, o termo homossexualidade passou a ser melhor empregado. O sufixo “ismo” deu lugar a “dade”, que corresponde ao modo de ser e agir. Deste modo, os homossexuais passaram de “doentes” para seres “normais”, e a escolha de seus parceiros não mais representava uma enfermidade, mas sim, o modo que estes indivíduos escolheram para viver suas vidas.

Há outras expressões usadas para definir uma relação entre pessoas do mesmo sexo. São elas: homoerotismo, empregada por Costa (1992, p. 24), que visa “revalorizar, dar outro peso moral às experiências afetivo-sexuais que, hoje são pejorativamente etiquetadas de homossexuais.”. Há ainda o termo homoessência e suas variantes (homoessencial, homoessenciabilidade), usada pelo pesquisador Enézio de Deus Silva Junior, que afirma que criou o termo “visando uma compreensão sensível da afetividade voltada para o mesmo sexo.” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 58).

O termo mais usado atualmente, principalmente no mundo jurídico, foi criado pela jurista e ex-desembargadora Maria Berenice Dias: o vocábulo homoafetividade, o qual enfatiza o afeto, justificativa maior de todas as relações, inclusive dos homossexuais.

Ainda que o termo tenha gerado estranheza e até alguma rejeição, principalmente de alguns ativistas do movimento homossexual, a necessidade de cunhar um novo nome tem uma justificativa: retirar o estigma de que os vínculos homossexuais teriam uma conotação exclusivamente de natureza sexual. Ao depois, com a mudança do conceito de família, que passou a ser identificada como um vínculo de afetividade, sinalizar que este também passou a ser identificada como um vínculo de afetividade, sinalizar que este também é o elemento mais significativo das uniões de pessoas do mesmo sexo justifica a inserção de ditos relacionamentos no âmbito das relações familiares. (DIAS, 2011, p. 09).

No presente trabalho optou-se por adotar a expressão homoafetividade, por entendermos que é a expressão que melhor se adéqua com a proposta do estudo em tela, apesar de algumas críticas em relação à nova terminologia, afirmando que o termo não abarca as relações casuais, não embasadas no afeto, elegemos a expressão homoafetividade, pois o objeto do presente estudo será as uniões entre pessoas do mesmo sexo, cuja finalidade é constituir uma família, pautada no afeto.

### 2.1.2 Família: um instituto em mutação

Com o decorrer dos anos o homoafetivo conquistou algumas vitórias relevantes. Como visto acima, o Estado brasileiro hoje não condena ninguém por ser homoafetivo. A homoafetividade deixou de ser vista como doença para ser aceita como um “vínculo de afetividade” entre duas pessoas do mesmo sexo. Outra mudança significativa para os homoafetivos refere-se à entidade familiar. Nas próximas linhas, de maneira sucinta, será apresentado o desenvolvimento da família patriarcal, tradicional *versus* as várias formas de famílias da atualidade.

Desde os nossos ancestrais até os dias atuais, o conceito de família e sua estrutura sofreram consideráveis modificações. Essas mudanças refletiram também nos ordenamentos jurídicos, pois cada povo interpreta e aceita a família de uma forma, baseando-se na cultura, religião e economia.

No Direito Romano, a família era organizada sob o prisma da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. (GONÇALVES, 2009, p.15).

Ao analisar a família durante a Idade Média constata-se que as relações interfamiliares regiam-se, principalmente, pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido e aceito pela sociedade.

Em cada momento histórico, procurou-se adaptar a família segundo os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes a época.

Se olharmos a evolução histórica dessa instituição, constataremos que grande número de comportamentos vistos como exceção, se tornaram regras e vice e versa (...). Não há transformação em uma só direção. Conforme os interesses socioeconômicos de uma sociedade, conforme o destaque que uma sociedade dá a certos valores, as estruturas familiares vão se modificando. (PRADO, 1995, p. 60-61).

No Brasil, podemos asseverar que com o passar dos anos houve mudanças importantes no conceito de família. Outrora se considerava família aquela formada por um pai, uma mãe e sua prole. O casal contraía matrimônio exclusivamente por meio do casamento, o pátrio poder era concentrado, na maioria das vezes, na figura paterna e a responsabilidade de ser o arrimo da família era exclusiva do patriarca.

Com o progredir do homem e da forma com que ele passou a se relacionar com seu próximo, e principalmente, com o afastamento entre Estado e Igreja, houve consequências diretas na maneira como as famílias passaram a ser constituídas.

Hodiernamente constata-se que há em nossa sociedade vários modelos de famílias, os quais não se assemelham muito ao modelo de família tradicional, contudo não deixam de ser uma entidade familiar. Existem hoje em nosso país diversos tipos de famílias, cada qual com suas diferenças e especificidades, e em comum, o afeto.

É o que ocorre, por exemplo, com as famílias estabelecidas mediante união estável. Com o advento da Constituição Federal de 1988, art 226 §3º, as uniões estáveis passaram a ter respaldo jurídico, desta feita, hoje o casamento não é o único meio de formar uma família.

A nossa atual Carta Magna, art 226 §4º, contemplou como entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que ulteriormente recebeu o nome doutrinário de família monoparental.

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc. (DINIZ, 2002, p.11).

Apesar da tentativa da nossa atual Constituição em tutelar os novos entendimentos de família que surgiram durante os anos, não foi possível abarcar todas as novas entidades familiares. A seguir, serão apresentadas as novas famílias que não são reconhecidas constitucionalmente, mas encontram-se perfilhadas no meio jurídico.

A família anaparental é aquela que possui vínculo de parentesco, mas não o de descendente e ascendente, como por exemplo, irmãos que vivem juntos, primos ou ainda tios e sobrinhos.

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental. (DIAS, 2009a, p.30).

Atualmente há uma nova tendência de família, intitulada de eudemonista. O termo advém da palavra de origem grega “*eudaimonia*”, que significa felicidade. A doutrina eudemonista defende a ideia de que a felicidade é o objetivo primordial da vida humana. A família eudemonista tem como escopo a realização plena de seus membros e a relação baseia-se no afeto e no respeito mútuos entre os integrantes, independentemente de vínculo biológico.

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a

assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2009, p. 52-53).

Outra entidade familiar que surgiu nos dias atuais é a denominada família recomposta ou família pluriparental. Essa é formada com o desfazimento de vínculos familiares anteriores e posterior criação de novos vínculos.

A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos... (DIAS, 2009, p. 47).

Por derradeiro, porém não menos importante, há a entidade familiar formada pela união entre duas pessoas do mesmo sexo. No que concerne à união homoafetiva, não haverá alongamentos, pois a mesma será abordada no decorrer do presente trabalho.

A união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo não pode ser ignorada em uma sociedade com estrutura de convívio familiar cada vez mais complexa, para se evitar que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. (...) Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários, que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos existentes no mundo. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 04 de fev. de 2010). Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em 10 ago. 2013

Verifica-se que com o passar dos anos, as mudanças sociais e principalmente comportamentais, a família patriarcal foi perdendo espaço no cenário das relações interpessoais. As pessoas começaram a se relacionar de maneira diversa aos quais seus ancestrais se relacionavam e assim, foram surgindo às novas entidades familiares, menos arraigadas à tradição e às formalidades e mais adeptas ao afeto.

Biológica ou não, oriunda de casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago; se o de pai, se o de mãe, de o de filho. O que importa é pertencer ao seu âmago e está naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal. (HIRONAKA, 1999, p.8).

A família outrora formada por interesses políticos e/ou econômicos, na qual a mulher que não tinha voz ativa e o casamento como único vínculo pelo qual as pessoas podiam se unir foi dando lugar à família “moderna” de hoje. As crenças e opiniões populares modificaram-se, a família sofreu alterações, a sociedade se transformou. Nesse compasso, o direito precisou acompanhar, ao seu tempo, essas mutações e tentar se adaptar à nova realidade que lhe foi descortinada.

## **2.2 A pluralidade das diversidades: tipologia e seus direitos**

Faz-se relevante registrar no presente trabalho que a homoafetividade é formada por vários grupos, cada qual com seus traços e especificidades. Em suma, podemos definir que a homoafetividade é o universo, o todo, no qual estão contidos vários grupos que possuem traços distintivos e pontos de intersecção entre si.

Dentro do universo da homoafetividade podemos encontrar o grupo dos homoafetivos, das travestis, dos (das) transexuais, dentre outros. O presente trabalho focará nesses três grupos, mostrando suas características e seus anseios.

A partir do momento em que se tem consciência de que há várias diversidades e não apenas uma, fica mais fácil entender a luta e as aspirações de cada grupo. Em comum, todos querem respeito e a efetivação de seus direitos. Todavia, para cada direito pleiteado há um objetivo diferente.

Nas linhas a seguir, será demonstrada a pluralidade das diversidades, bem como os direitos basilares, dos quais todos os cidadãos são detentores, verificando se esses direitos são assegurados em sua plenitude aos homoafetivos e também se há variação na concretização de tais direitos em relação às várias formas da diversidade.

### *2.2.1 Homoafetivo: um cidadão em busca de seus direitos*

O grupo dos homoafetivos difere-se dos demais, porque esses indivíduos estão felizes com seus corpos, com suas vestimentas e não desejam se transmutar para o sexo oposto, no intuito de exercer sua sexualidade.

As (os) homossexuais, sejam do sexo masculino (gays), sejam do sexo feminino (lésbicas), são as pessoas que se atraem emocionalmente, sexual e afetivamente por outras pessoas do mesmo sexo biológico. A sua orientação sexual é a homossexualidade. (...). Assim, homossexual é a pessoa que sente desejos afetivos e sexuais pela pessoa do mesmo sexo. (PICAZIO, 1999, p. 30).

Os homoafetivos atraem-se por pessoas do mesmo sexo que o seu, e com esses querem se relacionar, constituir família, ter filhos, realizar-se como qualquer outra pessoa. Entretanto, muitas vezes, para realizar esses pequenos desejos, tão simples para qualquer cidadão heterossexual, os homoafetivos enfrentam grandes batalhas na família, na sociedade e no judiciário para que seus direitos básicos sejam respeitados por todos e garantidos pelo Estado.

Desde modo, os homoafetivos são cidadãos que estão constantemente em busca de seus direitos, pois é quase automática a equação: quando assumem a sua homoafetividade, o preconceito passa de velado a exposto, e direitos lhes são usurpados. Mais adiante, serão abordados os direitos basilares que não são garantidos ao homoafetivo.

### *2.2.2 Travesti: conflitos psicológicos*

As travestis são pessoas que, via de regra, aceitam o sexo biológico do seu nascimento, e conformam-se com ele, inclusive com sua genitália. Entretanto, não se sentem realizadas e felizes trajando e comportando-se como as outras pessoas do mesmo sexo que o seu.

Para se sentirem plenas, as travestis precisam estar usando vestimentas e portando-se como se do sexo oposto fossem. Elas constroem um imaginário no qual em suas concepções são mulheres (na maioria das vezes as travestis são homens no nascimento que objetivam a construção do feminino, mas também pode ocorrer o inverso).

São pessoas biologicamente identificadas com o seu sexo de nascimento e que se sentem tanto homens quanto mulheres, na maioria vezes, ao mesmo tempo (...). Como regra geral, o travesti popular não quer mudar de sexo biológico e a orientação de seu desejo é, quase sempre, direcionada para uma pessoa do mesmo sexo que o seu. Mas encontramos muitos que são bissexuais e outros tantos heterossexuais. (PICAZIO, 1999, p. 52).

A travesti enfrenta um conflito psicológico, porque se reconhece como homem (não deseja realizar procedimentos cirúrgicos para modificar seu sexo de nascimento), mas se sente, na maioria das vezes, como mulher, e assim quer ser tratada. Desta forma, há um conflito entre os dois sexos (biológico e psicológico) em um único corpo. Na maioria dos casos, esse conflito não tem solução, e as travestis conseguem conviver com ele sem maiores transtornos por toda vida.

Podemos registrar que as travestis sofrem inúmeros preconceitos, pois elas se vestem como mulher, mas não podem realizar coisas simples que toda mulher faz, como por exemplo, ir ao banheiro feminino em um estabelecimento comercial. Esse é um exemplo simples, dentre tantos outros. Mais adiante, serão retratados alguns direitos basilares os quais também são tolhidos às travestis.

### *2.2.3 Transexual: uma mudança fisiológica*

O (a) transexual é uma pessoa que geralmente, desde sua infância, sente-se em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo de nascimento, e a partir do momento que vai crescendo e se descobrindo, aumenta a vontade de pertencer ao sexo oposto.

Diferentemente das travestis, os/as transexuais se sentem incomodados (a)s e até mesmo enojados (a)s com seus órgãos genitais. Eles (a)s não aceitam o seu gênero de nascimento. Para muitos (a)s, trata-se de uma alma (feminina/masculina) presa a um corpo estranho que não corresponde a sua essência.

De acordo com Picazio (1999, p. 45):

Os (as) transexuais são pessoas que nascem com um determinado sexo biológico, mas que se sentem pertencentes ao gênero oposto. (...) A transexualidade não é orientação de desejo, mas uma não identificação com o corpo biológico.

O (a) transexual é um indivíduo que na maioria das vezes não se sente realizado, não dispõe de uma felicidade plena, porque seu “sexo psicológico” não condiz com seu sexo biológico. Ele (ela), convive com esse constante paradoxo por vários anos, até que consiga submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo.

Em busca de uma vida mais digna, os (as) transexuais, buscam a cirurgia de transgenitalização, para adequar seu corpo ao seu “sexo psicológico”, e dessa forma, promover a efetivação de um dos princípios fundamentais de nossa Carta Política, a saber: a dignidade da pessoa humana.

#### *2.2.4 As diversidades e seus direitos basilares*

Como demonstrado acima, a homoafetividade abarca vários tipos de diversidade, por isso, é possível asseverar que há uma pluralidade das diversidades. Cada grupo, seja ele formado pelos homoafetivos, pelas travestis e/ou pelos (as) transexuais, pleiteiam que direitos básicos lhes sejam garantidos.

Tais grupos têm em comum a ânsia pelo reconhecimento de seus direitos basilares, contudo, pelo fato de cada espécie do gênero homoafetividade possuir características próprias, os seus anseios frente à efetivação desses direitos também são próprios e diversos. A seguir, serão analisados o direito ao nome, ao casamento e à adoção, sob o prisma da pluralidade das diversidades.

O direito ao nome é um dos direitos mais relevantes que o ser humano possui. A nossa atual Constituição Federal ratificou o direito ao nome como princípio básico em adequação com a ONU, em sua Declaração dos Direitos da Criança, de 1959.<sup>6</sup>

O nome civil identifica e individualiza o ser humano, em todos os tempos e lugares. É algo que dá vida ao indivíduo, tendo sua imprescindibilidade indiscutível. Assim, é inimaginável uma pessoa sem um nome. Por esses motivos, o nome é um dos principais direitos da personalidade, pois individualiza o ser humano em sua vida e também após a sua morte.

Há duas vertentes acerca do nome, a pública e a privada. A primeira refere-se à identificação e o controle que o Estado tem sobre os indivíduos, denominada segurança jurídica. A segunda concerne ao direito que o próprio indivíduo tem de usá-lo e preservá-lo contra abusos feitos por terceiros.

O aspecto público decorre do fato de o Estado ter interesse em que as pessoas sejam perfeita e corretamente identificadas na sociedade pelo nome e, por essa razão, disciplina o seu uso na Lei dos Registros Públicos (Lei nº. 6.015/73), proibindo a alteração do prenome, salvo exceções expressamente admitidas (art. 58) e o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (art. 55, parágrafo único). O aspecto individual consiste no direito ao nome, no poder reconhecido ao seu possuidor de por ele designar-se de reprimir abusos cometidos por terceiros. Preceitua, com efeito, o art. 16 do Código Civil que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Esse direito abrange o de usá-lo e de defendê-lo contra usurpação, como no caso de direito autoral, e contra exposição ao ridículo. O uso desses direitos é protegido mediante ações, que podem ser propostas independentemente da ocorrência de dano material, bastando que haja interesse moral. (GONÇALVES, 2007, p.121).

---

<sup>6</sup> Art 7º - A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá direito desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

O presente trabalho não fará um estudo aprofundado sobre o nome, mas irá apresentá-lo de uma forma ampla, tendo como ponto de partida o direito ao nome, sob os diferentes escopos das diversidades. Será adotada na presente análise a linha pública do nome.

Como mencionado acima, o nome é um direito inerente ao homem desde seu nascimento. Ele individualiza e também caracteriza o indivíduo. O problema ocorre se a pessoa não se sentir caracterizada, e o pior, sentir-se constrangida com seu nome. É o que ocorre, na maioria das vezes, com as travestis e os (as) transexuais.

As travestis, como já exposto, são pessoas que não necessitam da cirurgia de mudança de sexo para se sentirem completas e realizadas, entretanto, querem ser reconhecidas pelo seu nome social e não pelo seu nome documental. As travestis buscam que o Estado e também a sociedade as reconheçam pelo seu nome social, pois é esse que as identifica e as individualiza.

Se formos analisar, a maioria das travestis não tem acesso ao direito básico do nome, pois na maioria das vezes, não são tratadas pelos seus nomes sociais, e sim pelo nome documental, gerando a elas desconforto e humilhação. Se todos os indivíduos têm o direito basilar de serem tratados pelos nomes que os identificam junto à sociedade, porque esse direito simples e elementar é sonegado às travestis?

Integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de externá-la através não só de seu comportamento, mas de sua aparência e biotípia. Esse componente de liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo. De Cupis define identidade sexual, no desdobramento do direito à identidade pessoal, como o poder de parecer externamente igual a si mesmo em relação à realidade do próprio sexo, masculino ou feminino, vale dizer, o direito ao exato reconhecimento do próprio sexo real, antes de tudo na documentação constante dos registros do estado civil. (SAMPALHO, 1998, p. 26).

Já existem alguns projetos governamentais que visam garantir o princípio da dignidade humana às travestis, inserindo seus nomes sociais em seu cotidiano, por meio de portarias as quais garantem o uso do nome social na escola e no trabalho. Esse assunto será explicitado com mais apreço no capítulo seguinte.

Mesmo com a adoção dessas portarias, ainda é muito cedo para afirmar que o direito

ao nome é assegurado hoje às travestis, e por consequência o direito à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana também não são garantidos em sua plenitude a esses indivíduos.

As travestis, quando pleiteiam o reconhecimento e a adoção de seus nomes sociais, querem apenas que a sociedade as trate pelo nome que as representam. Elas não buscam uma mudança em seus documentos (para alteração do nome), almejam apenas um reconhecimento social, nada muito burocrático ou complexo de ser realizado, demandando apenas respeito da sociedade e do Estado frente a um direito que é intrínseco a qualquer pessoa, e para as travestis não pode ser diferente.

A sociedade ocidental está vivendo a liberdade inerente à democracia, características das legislações constitucionais da última geração. E essa liberdade traz a diversidade, o respeito ao diferente, o que deixa a pessoa mais livre para realizar suas escolhas e se dizer quem realmente é, independentemente do nome que lhe deram ao nascer. (SANCHES, 2011, p. 426 in *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*).

No que concerne o direito ao nome dos (as) transexuais, é um pouco mais complexo que o direito pleiteado pelas travestis, posto que os (as) transexuais não almejam apenas que a sociedade reconheça o seu nome social, mas desejam que seus documentos sejam alterados, já que não se reconhecem/identificam com o sexo de seu nascimento, e por consequência com seus nomes registraes.

A Lei de Registros Públicos (6.015/73) dispõe os casos em que o indivíduo pode mudar seu nome, quais sejam: no caso em que o nome traz constrangimento para a pessoa um, ano após completar a maioridade o sujeito pode requerer a mudança (art.56); alteração do prenome para adequá-lo ao apelido público (art. 58).

Essa possibilidade de mudança de nome para adequá-lo ao apelido público seria a solução para o problema dos (as) transexuais. Estes (as) sofrem diariamente com seus prenomes, pois o nome registrado em seus documentos não condiz com o qual ele/ela é conhecido (a) em seu meio social e também com o qual se identificam.

Dentre as características impostas ao nome civil, quais sejam: imprescritibilidade,

inalienabilidade e imutabilidade, essa última é absolutamente contestável, vez que a própria legislação prevê hipóteses de sua alteração, aplicando-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da solidariedade social (art.3º, I, CF).

Ante a possibilidade da alteração do nome documental dos (as) transexuais, o que eles (elas) buscam é celeridade nessa alteração, desburocratizando o processo. Muitas vezes os (as) transexuais demoram anos para conseguirem fazer a cirurgia de mudança de sexo, e mesmo após terem realizado o procedimento cirúrgico, aguardam por mais alguns anos para terem seus documentos alterados, o que torna todo o processo, desde a mudança de sexo até o reconhecimento judicial, muito desgastante, para não dizer, indigno.

O que os (as) transexuais pleiteiam é um processo judicial para a alteração do nome que seja mais célere, preservando a segurança jurídica, mas que respeite também os vários princípios que estão do outro lado, como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, entre outros. Pois como bem prenunciou Rui Barbosa “justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”.

O direito de identidade é a garantia de reconhecimento da existência da pessoa no meio social, bem como de seus caracteres particulares, como aspectos físicos, pessoais e culturais; é o direito de ser como verdadeiramente é. Extrapola-se, portanto, a visão simplista registral, pois, mesmo sem qualquer registro de identificação, ao sujeito garante-se a sua identidade, sua liberdade de expressar-se como é, clamando a si a proteção do Estado contra qualquer discriminação, violação da identidade ou limitação da liberdade em todas as suas formas: de expressão, de locomoção e de exercício da própria identidade. (BAVIO, 2011, p. 426 in *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*)

Os homoafetivos têm aspirações diversas das travestis e dos (as) transexuais, em relação ao direito ao nome. Pois, não pretendem ser reconhecidos pelo seu nome social, haja vista que se identificam com seu nome de nascimento.

A luta dos homoafetivos, em relação ao nome é de que, convivendo com o parceiro em uma união homoafetiva, pudessem acrescentar o nome de família do companheiro, pretensão que até o ano de 2011 era considerada impossível e absurda. O objetivo dos homoafetivos só foi alcançado com a decisão do Supremo Tribunal Federal, equiparando a união homoafetiva à união estável e ulteriormente a decisão do CNJ em determinar que todos os cartórios

brasileiros celebrassem casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Essas decisões serão analisadas no último capítulo do presente trabalho.

Ressalta-se que, até 2011, um direito basilar, concedido a todos os cidadãos que constituíssem matrimônio (acrescentar o nome de família do companheiro) era cerceado aos homoafetivos, como o próprio direito de casar e constituir uma família.

Adentrando ao direito concedido e tutelado pelo Estado, concedido a todo indivíduo em constituir uma família, seja pelo casamento ou pela união estável<sup>7</sup>, o mesmo era vedado aos homoafetivos até o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, em 2011, o que constitui afronta direta a vários princípios constitucionais, em especial da igualdade e da liberdade.

Vários eram e continuam sendo os motivos que proíbem os homoafetivos de constituir uma família em pleno século XXI. O principal é a influência da religião na vida dos brasileiros, em especial da Igreja Católica, que mesmo após a laicização ocorrida com a promulgação da nossa atual Constituição, continuou a exercer um forte domínio sobre a política no país.

A laicidade do Estado não se compadece com o exercício de autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professado pela religião majoritária-, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistante em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhe são subjacentes. (SARMENTO, 2006).

A Declaração Universal da Laicidade do século XXI veio corroborar a necessidade da separação e afastamento entre Estado e religião:

Art 2 - Para que os Estados tenham condições de garantir um tratamento igualitário aos seres humanos e às diferentes religiões e crenças (dentro dos limites indicados), a ordem política deve ter a liberdade para elaborar normas coletivas sem que alguma religião ou crença domine o poder e as instituições públicas. Conseqüentemente, a autonomia do Estado implica a dissociação entre a lei civil e as normas religiosas ou filosóficas particulares. As religiões e os grupos de convicção devem participar livremente dos

---

<sup>7</sup> Art. 226, CF “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

debates da sociedade civil. Os Estados não podem, de forma alguma, dominar esta sociedade e impor doutrinas ou comportamentos a priori.<sup>8</sup>

Em 2003 foi lançado um documento denominado “Considerações sobre os projetos de Reconhecimento Legal das Uniões entre Pessoas Homossexuais”, o qual embasa uma campanha do Vaticano para extirpar as novas legislações que garantem direitos aos homoafetivos, que começavam a proliferar, especialmente nos países europeus.

O ensinamento da Igreja sobre o matrimônio e sobre a complementaridade dos sexos propõe uma verdade, evidenciada pela reta razão e reconhecida como tal por todas as grandes culturas do mundo. O matrimônio não é uma união qualquer entre pessoas humanas. Foi fundado pelo Criador, com uma sua natureza, propriedades essenciais e finalidades. Nenhuma ideologia pode cancelar do espírito humano a certeza de que só existe matrimônio entre duas pessoas de sexo diferente, que através da recíproca doação pessoal, que lhes é própria e exclusiva, tendem à comunhão das suas pessoas. Assim se aperfeiçoam mutuamente para colaborar com Deus na geração e educação de novas vidas.

(...)

Não existe nenhum fundamento para equiparar ou estabelecer analogias, mesmo remotas, entre as uniões homossexuais e o plano de Deus sobre o matrimônio e a família. O matrimônio é santo, ao passo que as relações homossexuais estão em contraste com a lei moral natural. Os atos homossexuais, de fato, fecham o ato sexual ao dom da vida. Não são fruto de uma verdadeira complementaridade afetiva e sexual. Não se podem, de maneira nenhuma, aprovar.<sup>9</sup>

Como demonstrado, a Igreja Católica não aprova a união entre pessoas do mesmo sexo e demonstra isso de várias formas, até mesmo com campanhas. A influência religiosa em nosso país, não apenas a católica, mas também a evangélica, tenta de todas as formas embargar projetos de leis que assegurem direitos aos cidadãos homoafetivos. No próximo capítulo, será demonstrado que até os dias hodiernos, os aspectos religiosos têm se sobressaído em detrimento a direitos fundamentais dos homoafetivos.

Pode-se asseverar que o domínio religioso conseguiu impedir o homoafetivo de

---

<sup>8</sup> Declaração apresentada por Jean Baubérot (França), Micheline Milot (Canadá) e Roberto Blancarte (México) no Senado Francês, em 9 de dezembro de 2005, por ocasião das comemorações do centenário da separação Estado-Igrejas na França. Disponível em: <http://www.edulaica.net.br/artigo/186/biblioteca>. Acesso em: 10 out.2013.

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations). Acesso em: 10 out.2013.

constituir uma família até o ano de 2011, quando esses cidadãos conseguiram, via judicial, não apenas o direito de formar uma família, mas principalmente, a proteção estatal sobre essas uniões.

Mesmo após o reconhecimento do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, não é possível asseverar que o direito de formar uma família foi tutelado em sua integralidade aos homoafetivos, haja vista que até o presente momento, não há uma legislação específica ou uma decisão do Supremo Tribunal Federal que garanta aos cidadãos homoafetivos o direito a adoção conjunta.

Para analisar a viabilidade jurídica da adoção homoafetiva no presente trabalho, parte-se da premissa de que não pode haver em nosso país qualquer espécie de preconceito, como disposto em nossa Carta Magna.

Ao apreciar as legislações infraconstitucionais que regulamentam o instituto da adoção, a saber, Leis 8.069/90, 10.406/02 e 12.010/09, constata-se que não há nenhum artigo dessas leis que proíba expressamente a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz em seu art. 39 e seguintes os requisitos que devem ser respeitados para a concessão de uma adoção. Dentre eles, é relevante elucidar o que aponta o art 42 §2º: “Para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Ao analisar esse artigo conclui-se que não há uma vedação para a adoção de pares homoafetivos, visto que a única condição é que sejam casados ou convivam em união estável.

Diante da proibição constitucional em discriminar um indivíduo e deixá-lo à margem da sociedade por preconceito de qualquer qualidade, e ante a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre adoção conjunta, não há motivos para que se proíba indivíduos que convivam de forma estável ou que sejam casados em adotar conjuntamente e desta forma constituir uma família.

Uma parcela ponderável da população está sendo sonegado o seu direito constitucional a uma família, enquanto outra parcela é impedida de adotar; por puro preconceito de alguns, que acham que o fato de uma pessoa ter uma orientação sexual distinta da maioria a torna subcidadã, incapacitada para uma série de atos da vida civil, em especial para paternidade/maternidade. (FIGUEIREDO, 2001, p. 15).

Se analisada sob a ótica do não preconceito, a não permissão legal da adoção por duas pessoas do mesmo sexo fere não apenas o direito de pares homafetivos em constituir uma família, mas também o melhor interesse do menor.

É de suma importância discorrer, mesmo que brevemente, sobre a Lei n 12.010/09, intitulada “Nova Lei de Adoção”, que entrou em vigência no dia 31/11/2009. Essa Lei, mesmo sendo editada recentemente, não trouxe nenhum dispositivo sobre a possibilidade da adoção homoafetiva.

Sobre a mencionada Lei, a jurista Maria Berenice Dias (2013)<sup>10</sup> afirmou: “perdeu o legislador a bela chance de explicitamente admitir - como já vem fazendo a jurisprudência - a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão.”

Mesmo não tendo inovado em relação à adoção homoafetiva, o legislador também não retrocedeu, vetando de maneira expressa a referida adoção. Permaneceu, mais uma vez, inerte aos conclames sociais, e pelo que tudo indica, permanecerá assim por um bom tempo.

Ante o exposto, é possível verificar que direitos básicos são tolhidos aos cidadãos homoafetivos, transexuais e travestis. Direitos inerentes a todo cidadão, mas que a esses são sonegados de forma arbitrária e preconceituosa. Cada grupo (homoafetivo, transexual e travestis) sente de forma distinta essa sonegação, seja pela falta do reconhecimento do nome social, pela burocracia e demora na mudança de nome ou ainda pela falta de legislação específica que garantam o direito a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo.

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimento a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida. (Obs: pois a orientação sexual independe de opção e não se altera por ato de vontade). (DIAS, 2009, p.104).

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **Lei de adoção não consegue alcançar seus objetivos**. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 10.ago.2013.

Há várias diversidades, cada qual com suas especificidades, mas todas lutam por um único objetivo, qual seja, que o Estado respeite os direitos fundamentais e garanta a estes indivíduos os mesmos direitos conferidos aos heterossexuais.

### **2.3 Direitos Fundamentais à luz da diversidade sexual**

Não é o objeto do presente trabalho um estudo minucioso sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, mas a abordagem de dois direitos fundamentais, a saber, a igualdade e a liberdade. Em particular, as contribuições que estes direitos, interpretados axiologicamente, podem trazer à fundamentalidade da diversidade sexual.

Difícil definir em poucas linhas o que venham a ser direitos fundamentais, entretanto, pode-se delinear que os direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis à existência dos seres humanos. Eles podem ser considerados também como a positivação (constitucionalização) de determinados valores básicos existentes, como por exemplo; a igualdade, a liberdade, a dignidade, dentre outros. Nas palavras de Sarlet (2000, p. 119): “Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico”.

Faz-se relevante mencionar as principais características que Alexy (2003) atribuiu aos direitos fundamentais: máxima categoria/hierarquia, máxima força jurídica, máxima importância e máxima indeterminação.

Define-se que os direitos fundamentais possuem uma máxima hierarquia, pois eles estão positivados na Constituição Federal, e desta forma, todas as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Lei Maior, caso contrário elas deverão ser derogadas.

Trata-se de máxima força jurídica porque os direitos fundamentais são objeto de controle jurisdicional, ou seja, possuem sindicabilidade plena. O Poder Judiciário pode intervir no âmbito da competência dos demais Poderes para salvaguardar a eficácia de um direito fundamental.

No que concerne à máxima importância, têm-se que os direitos fundamentais dispõem sobre questão de extrema relevância para a estrutura básica da sociedade, estabelecendo alguns pilares importantes, como o da dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, dentre outros, para que assim a sociedade possa desenvolver-se de forma ordenada e justa.

As três propostas apresentadas acima só ganham sentido quando analisadas em conjunto com o máximo grau de indeterminação dos direitos fundamentais. Não é possível consolidar tais direitos enrijecendo-os de tal modo que restrinja sua aplicabilidade. Devem esses direitos, a fim de alcançar com eficácia o caso concreto, ultrapassar a literalidade e formalidade do texto.

A seguir o estudo irá discorrer sobre alguns direitos fundamentais, analisando sua aplicabilidade e garantia. Posteriormente, apresentaremos alguns pontos em relação à fundamentalidade da diversidade sexual.

### *2.3.1 Igualdade*

O direito fundamental à igualdade é o princípio norteador de qualquer forma ou expressão de diversidade. A igualdade (de todas as formas) deve ser mantida e respeitada independentemente de qualquer fator que diferencie os indivíduos, no caso em tela, a orientação sexual de cada cidadão.

De acordo com Santos (1997, p. 25) “temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e temos o direito a reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

Nas próximas linhas, pretende-se, de maneira abreviada, ilustrar o surgimento da concepção de igualdade, sua positivação em nossa Lei Maior, o direito à igualdade do cidadão homoafetivo, bem como a sua correlação com a diversidade sexual.

#### *2.3.1.1 A igualdade Aristotélica*

Ao pensar na igualdade segundo Aristóteles, logo lembramos da máxima: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais...”, entretanto sua concepção de igualdade não se resume a esse enunciado.

Inicialmente, deve-se elucidar que o princípio da igualdade para Aristóteles está diretamente ligado à concepção de justiça. Desta feita, não pode-se entender o que é a igualdade se não ficar claro o que vem a ser a justiça. Nas linhas próximas, de forma resumida, será feito um esboço da justiça segundo a ótica desse grande filósofo.

Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco* apresenta os vários significados da palavra justiça:

Ora, 'justiça' e 'injustiça', parecem ser termos ambíguos, mas, como os seus diferentes significados se aproximam uns dos outros, a ambigüidade passa despercebida, ao passo que nos casos em que os significados se afastam muito um do outro, a ambigüidade, em comparação, fica evidente; por exemplo (aqui é grande a diferença de forma exterior), como o emprego ambíguo da palavra *kleis* para designar a clavícula de um animal e aquilo com que se tranca uma porta. Assim, como ponto de partida, determinemos as várias acepções em que se diz um homem injusto. (ARISTÓTELES, 2004, p. 104).

Aristóteles partiu da premissa de que um homem injusto é aquele que não respeita a igualdade, não respeita a lei, aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo. Caracterizado o homem injusto, *a contrario sensu*, torna-se fácil delinear o que é um homem justo ou ainda o que vem a ser a justiça na concepção do filósofo.

O discípulo de Platão enumera vários conceitos acerca de justiça. O primeiro a ser definido é a “justiça total” ou “justiça legal”, que segundo ele, encontra-se nas pessoas que respeitam as leis. Desta feita, o simples fato de o indivíduo respeitar as leis caracterizava-o como um homem justo.

Desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme a lei são justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a Lei, e dizemos que cada um deles é justo. Nas disposições sobre todos os assuntos as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que compõem para a sociedade política. (ARISTÓTELES, 2004, p. 105).

O próximo tipo de justiça é a “justiça particular”. O justo particular diferencia-se do justo total no que concerne a seu destinatário. No primeiro o destinatário da ação do indivíduo é a coletividade (à medida que alguém respeita as leis, está respeitando a todos), já no segundo é mais restrito, caracteriza uma ação do indivíduo para com outro indivíduo. O justo particular subdivide-se em: justo particular distributivo e justo particular corretivo.

Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde uma das espécies é a que se manifesta na distribuição das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são dívidas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos. (ARISTÓTELES, 2004, p. 107).

Por justiça particular distributiva entende-se como aquela que se realiza na distribuição dos cargos e honrarias. Desta feita, percebe-se que há uma hierarquização entre os que recebem as honrarias e os que não recebem. Ao definir o que é justiça particular distributiva Aristóteles faz menção à igualdade relacionando-as. Segundo ele, o injusto é iníquo e o justo é equivalente, podendo concluir que o igual é o ponto intermediário, e o justo será o meio termo. Sendo assim, a justiça realiza-se na medida em que se realize também a igualdade.

A justiça particular distributiva está voltada à distribuição de cargos e honrarias que o Estado confere aos indivíduos, ou seja, esta distribuição será de acordo com o merecimento de cada um.

Ademais, isto se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito de cada um", pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam com a condição de homem livre; os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência. (ARISTÓTELES, 2004, p. 109).

De acordo com a ideia de justiça particular distributiva, pode-se fazer menção à célebre frase do filósofo: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” uma vez que não é dispensado um mesmo tratamento aos indivíduos para conferir-lhes os cargos e as honrarias. Na concepção aristotélica, deveria o Estado levar em consideração as diferenças existentes entre os indivíduos e de acordo com tais diferenças atribuir os cargos/honrarias a cada um.

A justiça corretiva é a segunda subespécie de justiça particular, a qual é completamente diferente da justiça distributiva. Nesta, tem-se uma igualdade proporcional, na qual os cargos são distribuídos de acordo com o mérito que diferencia os indivíduos, de modo que se pode definir quem são os iguais e quem são os diferentes. Já no justo particular corretivo, a igualdade não se baseia no mérito, é uma igualdade absoluta, na qual não há diferenciação entre os indivíduos e o mérito de cada um não é levado em conta. A igualdade, neste caso, parte da premissa de desigualdade e não se adota qualquer critério distintivos entre os indivíduos, tendo todos como absolutamente iguais.

Fazendo um paralelo entre a justiça distributiva e a justiça corretiva, pode-se constatar que a célebre frase do filósofo: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não pode ser usada de igual modo para as duas subespécies de justiça particular, haja vista que na justiça corretiva não há diferenciação entre os indivíduos, tratando todos de igual modo, criando-se assim, talvez, uma injustiça.

Desde a antiguidade a discussão acerca da igualdade perdura. Atualmente o grande desafio dos Estados Modernos é compatibilizar a igualdade formal com a igualdade material. Um dos escopos do presente trabalho é demonstrar em que medida o Estado brasileiro tem assegurado ao cidadão homoafetivo a igualdade formal e também a igualdade material.

### 2.3.1.2 Consagração do princípio da igualdade

A Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu parágrafo 1º trouxe o conceito de igualdade:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Ulteriormente, em 04 de julho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de autoria de Thomas Jefferson, documento de grande repercussão, trouxe a igualdade entre os homens da seguinte forma:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

Entretanto, foi no direito público francês que a igualdade ganhou “status” constitucional, formalizando a sua concepção jurídica no art. 1º da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789. Surgia, assim, no plano jurídico-positivo, um poderoso mecanismo de opressão aos privilégios pessoais e contra a hierarquização dos estamentos que até então era dominante. O nascimento da igualdade foi *a priori* apenas formal.

A regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem proteção perante a lei, entre outros enunciados expressivos da isonomia puramente formal e jurídica, traduz, em sua origem mais genuína, a

exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento legislativo diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato. Impede em suma que o legislador trate desigualmente os iguais. (CASTRO, 2010, p. 359).

Com o decorrer dos anos, outros Estados também passaram a consagrar a igualdade em suas Cartas Magnas, como ocorreu em nosso país. A seguir, de forma breve, será acompanhado como foi o desenvolvimento deste princípio em nossa Constituição Federal.

### 2.3.1.3 Histórico do Princípio da Igualdade nas Constituições Brasileiras

Na Constituição de 1824, no título “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Político dos Cidadãos Brasileiros”, nos incisos XIII, XIV e XVI em seu art. 179 dispunham sobre o principio da igualdade, a saber:

Art 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

A igualdade nessa Constituição era ainda muito precária, tendo em vista que o voto à época era censitário e a economia era basicamente escravocrata.

Na Constituição de 1891, a igualdade formal foi mais uma vez contemplada no parágrafo segundo do art. 72: “Todos são iguais perante a lei”, extinguindo, assim, os títulos de nobreza e privilégios, a fim de contemplar uma igualdade efetiva, já que a relação entre o Estado e os indivíduos não era mais baseada em critérios sociais e econômicos.

A Lei Maior de 1934 prescrevia-se seu Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, no artigo 113, item 1, “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”. Esta Carta Magna teve como escopo transformar o Estado que até então era eminentemente liberal, promotor das liberdades individuais, em um Estado interventor que promovesse o bem comum.

A Constituição de 1937, conhecida também como Polaca, foi outorgada sob um regime ditatorial, presidida à época por Getúlio Vargas. Apesar de algumas mudanças na estruturação dos poderes, os direitos e garantias individuais e sociais foram mantidos conforme a Lei Maior anterior.

A Constituição de 1946 veio como uma forma de ruptura à Constituição ditatorial anterior, no que concerne a reestruturação e autonomia dos poderes, entretanto os direitos e garantias individuais mantiveram-se os mesmos da Carta de 1934, com a supressão do dispositivo que vedava tratamentos discriminatórios em razão de sexo, origem, idade, cor e raça.

A Constituição de 1967 foi uma Carta outorgada sob um governo ditatorial, no que concerne aos direitos e garantias individuais mantiveram-se os já consagrados nas Constituições anteriores, inovando-se em relação à constitucionalização da punição do preconceito de raça.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

A nossa Carta Magna de 1988 ressalta o princípio da igualdade em inúmeras disposições de seu texto, inclusive em seu preâmbulo. Desta forma, ao arrolar os objetivos fundamentais da República, nosso texto constitucional destaca a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entretanto, para se chegar à consagração da igualdade como um princípio fundamental, bem como um dos objetivos finalísticos do Estado democrático brasileiro, a participação popular teve um papel fundamental. Essa participação foi acentuada à época da constituinte por alguns motivos, entre eles: o país vivia uma crise político-institucional que possibilitou o processo de transição democrática, e também o uso até então inédito de instrumentos de democracia direta (como as emendas populares).

É inegável que a inspiração isonômica bafejou fortemente o texto da Constituição de 5 de outubro, deixando indelével a consagração de vigorosos avanços no combate às desigualdades e discriminações que, historicamente têm flagelado o povo brasileiro. Transformar subcidadãos inferiorizados por toda sorte de carências, explorações e humilhações em titulares de uma cidadania plena constitui desafio que empolgou a sociedade civil e seus melhores representantes constituintes. (CASTRO, 2010, p. 35).

Podemos asseverar que nosso ordenamento jurídico constitucional vigente abriga a concepção formal e material do princípio da igualdade claramente expressas pela garantia da igualdade perante a lei (igualdade formal)<sup>11</sup> e da igualdade na formulação da lei (igualdade material)<sup>12</sup>.

Não se aspira uma igualdade que frustrasse e desabasse as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é uma igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. (ROCHA, 1991, p. 118).

---

<sup>11</sup> Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (art. 3º. Alínea I, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à causa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica, deixa-se fixar, sem dificuldade, como postulado fundamental do estado de direito. (HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 330)

<sup>12</sup> Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente. (Ibidem)

A seguir, vamos sopesar se a igualdade formal e também a igualdade material são asseguradas aos cidadãos homoafetivos em sua plenitude.

#### 2.3.1.4 O cidadão homoafetivo e o princípio da igualdade

Como podemos verificar a nossa Carta Magna de 1988, consagra o princípio da igualdade formal e material, mas em que medidas essas igualdades são efetivamente garantidas aos cidadãos homoafetivos?

Em nosso art. 5º, *caput*<sup>13</sup> da Lei Maior traz expressamente a igualdade formal, na qual todos são iguais perante a lei, e sendo assim, merecem o mesmo tratamento.

O princípio da igualdade formal passou a operar como mandamento universalista da lei, sem se preocupar com a justiça ou injustiça dos efeitos de sua aplicação em face das semelhanças e das diferenças próprias de cada situação concreta. Diante das graves consequências deste procedimento ante a realidade social- como admissão da perseguição contra judeus e homossexuais ou a desigualdade entre homens e mulheres, brancos e negros, a igualdade formal teve de evoluir mediante a proibição de certos critérios de diferenciação. (RIOS, 2002. p. 128).

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º, IV assevera que o objetivo fundamental da República é “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, desta feita, podemos aduzir que se trata de um rol meramente exemplificativo e não taxativo. Tendo em vista que, “em outras formas de discriminação” podemos introduzir a não discriminação por orientação sexual. Sendo assim, qualquer atitude discriminatória em consequência da orientação sexual seria um ato inconstitucional.

Se fizermos uma interpretação teleológica no art. 3º, IV da Constituição, podemos asseverar que a inclusão da diversidade sexual como direito fundamental é apenas um

---

<sup>13</sup> 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 à

desdobramento da aplicação deste artigo, pois qualquer tipo de discriminação é uma afronta à nossa Lei Maior, sendo assim, à medida que a diversidade sexual for consagrada como um direito fundamental todos os demais princípios e normas vigentes devem se justapor a ele.

Em suma, podemos afirmar que o grande objetivo da igualdade formal é que os direitos inerentes a cada indivíduo sejam assegurados, independentemente das diversidades, que a intolerância e o preconceito não sejam os norteadores dos aplicadores da lei e que o princípio da solidariedade<sup>14</sup> seja respeitado em todas as situações quando estiver em pauta um ser humano, seja ele hetero ou homoafetivo.

Em relação à igualdade material, partimos da premissa que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, todavia quem são os iguais e quem são os diferentes? Quais os critérios que se deve usar para fazer essa “diferenciação”?

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrímen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade (...)sempre que a correlação lógica entre o fator de discrímen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 81-83).

Da lição de Bandeira de Melo podemos aduzir que quando há uma diferenciação de tratamento ou oportunidades a determinados indivíduos, o que primeiro se deve fazer é eleger um critério distintivo entre o grupo discriminado e os demais, devendo tal escolha ser lógico-

---

propriedade, nos termos seguintes

<sup>14</sup> Em virtude da solidariedade que nos une enquanto raça humana paira sobre nós e sobre o Estado o dever de respeitar o próximo e de tolerar e respeitar as diferenças. Partindo desta premissa, cai por terra qualquer entendimento no sentido de que os homossexuais, apenas por valerem-se de orientação sexual diversa daquela exercida pela maioria, não podem gozar de todos os direitos e garantias previstos na Constituição e em todo o ordenamento jurídico. (RAGAZZI, José Luiz e GARCIA, Thiago Munaro. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coord. DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192)

racional, ou seja, deverá existir uma correlação entre o critério distintivo e a discriminação jurídica que se pretende produzir.

Deste modo, quando o nosso Poder Legislativo abster-se de legislar para determinados grupos, o Poder Judiciário e o Poder Executivo devem intervir suprimindo tais lacunas.

A igualdade significa, portanto, evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta). (ROTHENBURG, 2009, p. 354).

Podemos asseverar que a igualdade formal é a regra, enquanto a igualdade material é a exceção, haja vista que para empregá-la deve-se provar a lógica racional de tal diferenciação, sob pena de ser-lhe aplicada a regra e não a exceção. Se tal lógica razoável não for comprovada, esta diferenciação será inconstitucional.

#### 2.3.1.5 Os mecanismos (jurídicos) para a efetivação da igualdade (material)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consagração de um rol exemplificativo dos direitos fundamentais, dentre eles o da igualdade, acreditava-se que o Estado asseguraria de forma plena estes direitos. Entretanto, não foi isto que ocorreu. Alguns grupos, como os homoafetivos, não tiveram direitos básicos garantidos, como por exemplo; a igualdade seja ela formal ou material.

Sin embargo, el paso de los años comnzó a mostrar que el paraíso constitucional prometido no se alcanzaba. Para algunos, los derechos constitucionales parecían ser una mera ficción; para otros, el parlamento no terminaba de representarlos de um modo adecuado; para outros más, el poder judicial solo servía al interes de unos pocos. (GARGARELA, 1999, p. 1).

O direito à igualdade, como observamos anteriormente, foi elencado como um direito fundamental em nossa Carta Magna, o que deve ser feito é efetivá-lo a todos os cidadãos, de todos os grupos. Como bem aduz Bobbio (2004, p. 42), o grande desafio do século XXI é efetivar os direitos fundamentais consagrados no século XX.

Para que os direitos fundamentais sejam realmente garantidos, em especial às minorias, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e também o Poder Executivo devem trabalhar juntos em prol desse objetivo. O Poder Legislativo deve representar essas minorias, elaborando leis que vão ao encontro de seus anseios e interesses. O Poder Judiciário deve reconhecer os direitos básicos de todos os cidadãos homoafetivos a fim de igualá-los aos cidadãos heterossexuais. O Poder Executivo deve promover medidas intervencionistas com o escopo de fornecer aos indivíduos e grupos excluídos as mesmas oportunidades e chances concedidas aos demais.

Hodiernamente o Poder Legislativo tem resistido a editar leis em favor dos homoafetivos. Em nosso ordenamento jurídico, pós Constituição de 1988, não há uma lei que verse sobre qualquer direito dos cidadãos homoafetivos, apenas projetos de leis, como discorreremos no próximo capítulo. Desta feita, o Poder Legislativo, ante essa inércia, não pode ser tido como um Poder engajado na inclusão dos homoafetivos à sociedade.

Actualmente – asumen – no es razonable considerar las normas emanadas del congreso com um producto fidedigno de la voluntad del pueblo (...) existen grupos cuyas voces resultan sistemáticamente ausentes de la discusión pública; grupos que siempre aparecen alineados dentro de minorias muy reducidas (...) puede ocurrir que se dicten leyes que, aunque no señalen exclusivamente a algún sector de la sociedad, em la práctica sirvan para beneficiar o perjudicar arbitrariamente a algunos grupos; o no lleguen a tratar a ciertos grupos del modo debido (...) (GARGARELA, 1999, p.17).

Com a omissão do Poder Legislativo cabe ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo suprirem esta lacuna. O judiciário, de modo tímido, vem assegurando direitos outrora vetados aos cidadãos homoafetivos, como melhor analisaremos no capítulo 3 do presente trabalho.

O Poder Executivo, assim como o Judiciário, de maneira ainda acanhada vem fazendo intervenções positivas em prol da inclusão do homoafetivo na sociedade, mediante políticas públicas: “as políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário,

são forjadas para a realização de objetivos determinados.” (BUCCI, 2002, p. 19). Por meio dessas medidas, o Estado tenta promover, ainda que aquém do esperado, ações positivas (o Estado deixa de ser apenas espectador da sociedade e passa a atuar de forma interventora) com o escopo de propiciar aos cidadãos homoafetivos, que por décadas foram marginalizados, as mesmas oportunidades/chances conferidas aos demais cidadãos, a fim de tentar garantir a igualdade (material). Essas ações do governo serão abordadas no capítulo subsequente.

Gargarella (1999, p. 25-27) elenca alguns motivos para a implementação de políticas preferenciais para alguns grupos que se encontram em posição de desvantagem, dentre os quais, o grupo dos homoafetivos enquadra-se.

A pesar de las críticas creo que todavía es posible mostrar la plausibilidad de las políticas preferenciales em favor de ciertos grupos desaventajados. Em primer lugar, y aunque este parezca um argumento puramente formalista, lo cierto es que ni la Constitución norteamericana, ni la mayoría de las Constituciones modernas, parecen negar – a través de interpretaciones razonables de su texto – la posibilidad de tales políticas especiales. Em segundo lugar, el objetivo que se pretende defender a través de muchas de estas políticas preferenciales no solo no es constitucionalmente impermissible, sino que además ser um objetivo valioso y urgente desde el punto de vista constitucional: contribuir a que ningún grupo resulte arbitrariamente desaventajado. Em relación con el argumento según el cual existen infinidad de grupos hipotéticamente necesitados de um apoyo social especial, podría decirse lo siguiente: que ell es tan cierto como lo es que algunos de entre tales grupo, por su número, o por el peso de sus reclamos, o por el nivel de sus necesidades, pueden merecer una a atención privilegiada o prioritária. (...) En tal sentido, entiendo que es posible pensar em una multiplicidad de políticas flexibles de ayuda a grupos desaventajados, capaces de hacer lugar a muchas de las contradictorias intruiciones que se nos aparecen cuando reflexionamos sobre el tema.

Como mencionamos acima, os homoafetivos encontram-se em uma posição de desvantagem se compararmos aos demais grupos que integram a sociedade, haja vista que sofrem preconceito desde os tempos remotos e ainda não possuem uma representatividade no Poder Legislativo para lutarem em prol de seus direitos.

Árduo é o papel que os Poderes (Executivo e Judiciário) devem desempenhar com o afã de equiparar o igual tratamento e também a igual oportunidade a todos os cidadãos, independente da característica que difere cada indivíduo, pois a nossa Carta Maior consagra a pluralidade, sendo assim, não podemos deixar que esta pluralidade presente em nossa

sociedade seja a causa de tamanha desigualdade. A igualdade (formal e também a material) deve ser respeitada e assegurada a todos os cidadãos. O reconhecimento da diversidade sexual como direito fundamental seria de extrema relevância para assegurar de maneira plena a igualdade a todos, independentemente da orientação sexual de cada indivíduo.

### *2.3.2 Liberdade*

Intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade, está o princípio da liberdade.

Maria Berenice Dias, ao tratar do segundo, ressalta a relação existente entre ele e a igualdade, vez que sem esta, aquela perderia qualquer sentido:

A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade. (DIAS, 2001, p. 72-73).

Depois de tratarmos da igualdade, convém tecermos alguns comentários acerca da liberdade e sua correlação com o tema do presente estudo.

Nesse tópico, iremos apresentar um breve histórico sobre o conceito de liberdade, através do olhar de importantes filósofos, além do modo como este princípio é tratado pela legislação brasileira, em especial no que tange ao princípio da liberdade sexual dos pares homoafetivos.

#### *2.3.2.1 Concepção filosófica de liberdade*

O conceito de liberdade atravessa toda a história da filosofia, dos gregos aos dias de hoje. Ser livre significava, desde aqueles tempos, “a possibilidade de um indivíduo agir de acordo com seus próprios planos e resoluções”. (HAYEK, 1983, p. 5).

Apesar de os gregos se considerarem livres<sup>15</sup>, opondo-se ao seu entorno aos grandes impérios orientais, que consideravam como bárbaros, vamos datar a história da liberdade com John Locke (1632-1704), portanto no séc. XVII da nossa era.

Para o filósofo inglês John Locke, o homem tem o direito natural de ser proprietário de sua própria liberdade. Para entender melhor, devemos perceber que a propriedade é um conceito-chave na teoria de Locke: a liberdade é um bem natural de cada um dos indivíduos. No estado de natureza, anterior à instituição da sociedade, os homens têm o direito de defender suas propriedades, estando incluídas aí a vida e a liberdade. A instituição do Estado se dá pela troca de uma pequena parte dos direitos em troca da criação de leis e instituições que consolidem ainda mais seus direitos. Sendo assim, a sociedade não suprime totalmente a liberdade, mas a regulamenta, criando mecanismos legais para defendê-la.

Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia a liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. Quando qualquer numero de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos. (LOCKE, 1978, p. 62).

Locke parte da suposição que os homens, no princípio dos tempos (estado de natureza), viviam em plena liberdade e igualdade entre si. Os homens, por conseguinte, nasciam livres, independentes e eram apenas governados pela sua própria razão. O único

---

<sup>15</sup> A primeira grande filosofia da liberdade é exposta por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*, a qual, com variantes, permanece através dos séculos, chegando até o século XX. Para Aristóteles, a liberdade é um ato de autodeterminação (ação deliberada) com o qual o homem dá a si mesmo os motivos e os fins de sua ação, sem ser constrangido ou forçado por ninguém. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define o ato voluntário como princípio de si mesmo. Portanto, para esse filósofo, tanto a virtude quanto o vício dependem da vontade do indivíduo. Para este pensador a liberdade só era possível aos homens livres, ficando de fora as mulheres e os

direito que reconhecem (o direito natural) é o que os proíbe de roubar ou destruir a vida, a liberdade e a propriedade de outros.

O homem, nascendo, conforme provamos, com direito à perfeita liberdade e gozo incontrolado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem, por natureza, o poder não só de preservar a sua propriedade – isto é, a vida, a liberdade e os bens – contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e castigar as infrações dessa lei por outros conforme estiver persuadido da gravidade da ofensa, mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror do fato o exija, conforme a sua opinião. (LOCKE, 1978, p. 62).

Percebendo a vantagem em se associarem para resolver os seus conflitos de interesses e protegerem os seus direitos, estabelecerem um contrato social criando assim uma comunidade (sociedade organizada). Estes homens não eram nem maus (como afirmava Hobbes), nem bons (como defenderá depois Rousseau), mas apenas seres suscetíveis de serem aperfeiçoados. A função do governo, neste quadro, limitava-se a garantir o respeito pelos direitos naturais (a vida, a liberdade e os bens) dos cidadãos.

Há, contudo, um aspecto a que sempre se manteve fiel na sua filosofia: a exigência de uma autonomia radical dos indivíduos. Estes são livres para pensar, julgar e agir por si mesmos. A autonomia do indivíduo é a sua liberdade e esta nunca deve ser alienada em circunstância alguma, sob pena de se negar aquilo que de mais essencial existe nos seres humanos. Trata-se de um direito natural inalienável.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi uma figura marcante no pensamento moderno e até os dias atuais tem sua obra como base para diversos estudos políticos e morais. A relação liberdade-igualdade está presente em toda a obra de Rousseau, chegando a constituir-se como o cerne de sua filosofia. Rousseau afirma que uma pessoa só consegue ser feliz se estiver livre para desenvolver suas vontades e instintos naturais. Rousseau, em sua obra, sugere a existência de um homem bom. O homem é posto como sendo bondoso por natureza, daí a ideia do bom selvagem.

Ao analisar o homem em busca de conhecê-lo melhor, Rousseau parte de uma pressuposta existência de um estado de natureza, o estado natural do homem que não vivia em sociedade. Nesse estado o homem encontrava-se sozinho, independente e autossuficiente. Entretanto este passa a viver coletivamente e posteriormente esses grupos se ampliam. Com o desenvolvimento das sociedades o homem perde sua bondade porque a sociedade lima seus desejos e com isso corrompe o ser humano que naturalmente é bom.

Entretanto, cabe colocar que esse pacto, a formação da sociedade, não acaba com a liberdade os indivíduos. O que acontece após a firmação do contrato entre todos é a substituição da liberdade natural pela liberdade moral ou civil<sup>16</sup>.

Todos buscam viver juntos em condições de liberdade e igualdade. “Aceitar” o estabelecimento de regras que firmem direitos e deveres entre os cidadãos permite que se estabeleça uma sociedade justa, onde cada um recebe aquilo que lhe é de direito e permite ao outro também receber em igual medida tal justiça.

O contrato social vem a desempenhar a garantia da preservação da liberdade, mesmo que não mais em seu estado natural, mas que sempre será fundamental à existência do homem.

A doutrina de Immanuel Kant (1724-1804) encontra-se alicerçada na liberdade. Para Kant, a liberdade é um conceito racional puro, que independe da experiência, isto é, um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível de cujo objeto não se pode obter qualquer conhecimento teórico (KANT, 2003. p. 64). Destarte, o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas exclusivamente como seu princípio regulador.

Já no uso prático da razão, o conceito de liberdade comprova sua existência por meio de princípios práticos, que são leis de causalidade da razão pura para determinação de escolhas, independentemente de quaisquer condições empíricas que denotam uma vontade que origina conceitos e leis morais pura em nós. Por isso a liberdade interna encontra-se

---

<sup>16</sup> O homem perde, segundo o *Contrato Social*, a liberdade natural ou “o direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar”, e ganha a liberdade civil “e a propriedade de tudo que possui” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 36). Para que haja um contrato social genuíno, é necessário a cada indivíduo *alienar* sua liberdade natural para ingressar na nova ordem civil, formando uma *vontade geral* que garanta a condição de igualdade para todos. Uma vez estabelecida a vontade geral, está estabelecido o verdadeiro *Direito*. A lei é o povo que faz, ao mesmo tempo em que o próprio povo lhe é submetido.

determinada na moral. Ela se oriunda da nossa liberdade interna, de onde se determina o dever, ocorrendo uma situação autônoma, em que o sujeito está munido de uma liberdade que apresenta impedimentos que se originam dele mesmo.

A liberdade externa, por outro lado, está representada pelo Estado a fim de regular as liberdades individuais dos sujeitos, necessitando da atuação desse órgão controlador estatal munido de poder coercitivo. Caracterizada pelo direito, a liberdade externa provém do dever jurídico, por meio do qual assumimos responsabilidades perante os outros. Vislumbra-se aqui, a nossa liberação exterior controlada por uma instância superior, que é o poder estatal.

A mencionada liberdade é condição fundamental para que o Estado possa exercer por meio do direito a coerção do arbítrio individual. O Estado tem a função de garantir a coexistência das liberdades individuais. Neste contexto, quando o Estado pune o agente que se encontra ameaçando a liberdade de outro, retirando-o do convívio social, vislumbra-se, uma liberdade anulando a outra, ou seja, a liberdade externa do Estado, anulando a liberdade individual (interna) do agente.

Kant diz que a liberdade somente existe porque há coação<sup>17</sup>, havendo liberdade para se fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. O direito vem a ser o fundamento da noção de liberdade externa, permitindo limitar a liberdade de cada um para que todos entrem num acordo, havendo assim coerção na garantia de liberdade de todos. A constituição civil então será uma relação de homens livres que se encontram sobre leis coativas.

A oposição ao obstáculo de um efeito é requerida por esse efeito e está em conformidade com ele. Ora, tudo o que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade constitui um obstáculo à liberdade, segundo leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que se lhe opõe, como se fosse destinada fazer ceder o obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa: por conseguinte o direito é inseparável segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício. (KANT, 1993, p. 28)

---

<sup>17</sup> A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é a negação da negação e, então, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade. (BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997, p. 78)

A liberdade e a igualdade são condições necessárias para as relações jurídicas, pois sem liberdade e igualdade não se pode realizar contratos entre as pessoas. Esta igualdade de que Kant fala é a das pessoas com o Estado, pois ele tem ciência de que a igualdade entre as pessoas já não faz tanto sentido, pois na questão de posses os indivíduos podem ser desiguais entre eles, sendo isto uma característica do pensamento burguês.

É a lei pública que determina o que é permitido e o que é proibido, devendo proceder da vontade pública todo o direito. Essa vontade pública é a vontade do povo, não havendo liberdade sem direito, cada um decidindo, legislando sobre si mesmo e sendo livre.

Ao contrario de Locke e Rousseau, o filósofo Stuart Mill não considera a liberdade um direito natural do homem, não faz parte do estado de natureza. Um bom governo propicia o desenvolvimento das boas qualidades dos governados e a liberdade, que é necessária para o desenvolvimento e promotora da diversidade. Com a liberdade o indivíduo age em direção aos seus interesses, desde que não atrapalhe o interesse dos outros. Se o comportamento de um indivíduo atrapalhar o de outro, irá arcar com as consequências estabelecidas pela sociedade. (MILL, 1991).

Para Bobbio (1996) o conceito de liberdade pode ser compreendido como liberdade negativa e positiva.

A liberdade negativa é um ente de direito dual, ou seja, compreende duas emanções de legitimidade de exercício de direito. Primeiramente, a liberdade negativa compreende a “ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer” (BOBBIO, 1996, p. 49). Assim o indivíduo não pode ser privado ou inibido de agir, se lei nenhuma consignar aquela conduta como proibida. Se não defesa a atividade, por conseguinte autorizada e, portanto, o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proibir.

De outro lado está – como parte integrante da liberdade negativa – a “ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer” (BOBBIO, 1996, p. 49). Essa acepção institui, por sua vez, que ninguém é obrigado a agir, senão em virtude da Lei. A ausência da lei, neste caso, possui um viés permissivo omissivo, de maneira que a omissão da lei em obrigar o *fazer*, entende-se como a *permissão* do indivíduo de não fazer.

Bobbio reúne os propósitos de Hobbes, Locke e Montesquieu para afirmar que a referida liberdade consiste em poder fazer tudo o que a lei permite – seja por expressão desta,

ou por sua própria omissão.

Já a liberdade positiva é tida por Bobbio numa perspectiva política de que tal liberdade assemelha-se a uma autodeterminação ou autonomia da vontade do indivíduo de fazer. Enquanto a liberdade negativa trata de ausências dispositivas, a liberdade positiva trata da existência de um querer, do querer específico do indivíduo, o que significa a capacidade de se mover para uma finalidade sem com isso ser movido.

A primeira forma de liberdade é negativa porque designa, sobretudo, a ausência de algo (já foi observado que, na linguagem comum, livre em face de é frequentemente sinônimo de sem que, tanto que o modo mais comum de explicar o que significa que eu agi livremente é dizer que agi sem que...); a segunda é positiva porque indica, ao contrário, a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido. (BOBBIO, 1996, p. 51).

Bobbio chega a tratar a liberdade positiva como contraditória, pois a liberdade em si mesma é própria da falta de algo. Bobbio bem apresenta que a liberdade positiva desprende da ação a própria liberdade, levando-a próxima do atributo da vontade.

Além disso, Norberto Bobbio busca entender qual seria a verdadeira liberdade.

Depois de discorrer sobre as liberdades positiva – consoante ao conceito político de externar o querer pessoal, liberdade, portanto, como autodeterminação de vontade, e não de ação – e negativa – de não ser coagido a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude da lei, condizente à ação em vista disso – Bobbio explana sobre “discussão vazia” em relação à qual poder-se-ia chamar de a verdadeira ou a boa liberdade.

Bobbio apresenta a lição de Constant, para quem a verdadeira ou boa liberdade é tão somente aquela que diz respeito ao não constrangimento do indivíduo à ação, nada prestando a este entendimento aquele que trata da liberdade como autodeterminação da vontade, pois não haveria como se chamar de liberdade àquela que o constrangimento esteja somente na seara do *eu mesmo*.

#### 2.3.2.2 Do direito à liberdade

A liberdade é reconhecida pela doutrina enquanto direito fundamental de primeira geração, possuindo sua origem legislativa expressa na já citada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, especialmente em seus artigos 1º, 4º e 5º.<sup>18</sup>

Assim, no final do Século XVIII, os revolucionários franceses entendiam a liberdade enquanto direito indissociável da igualdade, como demonstra o artigo 1º da Declaração, sendo ambos direitos naturais do homem, restringidos apenas pelos direitos de outros indivíduos, limites estes estabelecidos pela lei.

No Século XX, a Organização das Nações Unidas (ONU), ao editar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reforçou o caráter soberano e indissociável dos direitos à liberdade e à igualdade.<sup>19</sup>

José Afonso da Silva conceitua liberdade a partir da lição de Jean Rivero, de que ela é “(...) um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal” (SILVA, 2007b, p. 212). O jurista brasileiro entende que esse direito fundamental se constitui na “(...) possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (SILVA, 2007b, p. 212). O autor vai além, afirmando que a liberdade:

É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em

---

<sup>18</sup> Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. (...)

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

<sup>19</sup> Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. (SILVA, 2007b, p. 212).

No Brasil, o princípio da liberdade já era previsto desde a Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

As Constituições brasileiras seguintes também fazem menção expressa ao princípio da liberdade, com textos quase idênticos, como podemos ver a seguir:

Constituição de 1891.

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, à segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

Constituição de 1934.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Constituição de 1937.

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Constituição de 1946

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Merece destaque a Constituição brasileira de 1967, outorgada pelo regime militar que ascendeu ao poder em 1964. Mesmo durante o regime ditatorial, a Lei Maior brasileira faz referência expressa ao direito à liberdade, mesmo sabendo que tal previsão não guardava nenhuma relação com os direitos efetivamente assegurados aos cidadãos.

Constituição de 1967

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, (...):

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a liberdade como direito fundamental, além de ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º, incisos I e IV<sup>20</sup>, do diploma constitucional e no artigo 5º, “caput”, e incisos I, II, IV, VI, IX.<sup>21</sup>

Ademais, o preâmbulo<sup>22</sup> da Carta Magna brasileira também reconhece a liberdade como um dos fins do Estado Democrático instituído pela Constituição.

Por mais que o texto introdutório da Constituição Federal não seja uma norma constitucional, o preâmbulo pode ser definido como um documento de intenções do diploma, tanto uma certidão da origem democrática da Carta, como uma proclamação de princípios, que rompem com o ordenamento constitucional anterior. O preâmbulo traça as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, constituindo-se uma de suas linhas interpretativas. (MORAES, 2006).

Assim, a liberdade, consistente no direito subjetivo de buscar a felicidade e a satisfação pessoal, podendo fazer tudo aquilo não é vedado pela lei, no limite da liberdade de outrem, é direito fundamental, isto é, inato, natural a todo ser humano, sendo reconhecido pela

---

<sup>20</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>21</sup> Art. 5º 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 à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>22</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

Constituição Federal de 1988 enquanto objetivo do Estado Democrático brasileiro e princípio que se irradia a todo ordenamento jurídico pátrio.

A liberdade assim como os outros princípios nascidos da dignidade da pessoa humana, também se caracteriza por ser um direito personalíssimo, exercido unicamente pela própria pessoa, do qual derivam os direitos civis, políticos e individuais.

Essa liberdade do qual deriva outros direitos, como civis e políticos, é a liberdade democrática que o Estado confere ao indivíduo para decidir sobre os caminhos para exercer sua cidadania, por outro lado, sobre o prisma da dignidade da pessoa humana, também existe a liberdade subjetiva ou interna consistente na autonomia de vontade pessoal do ser humano de conduzir sua vida da maneira que escolher.

Deste modo pelo princípio da liberdade pode o indivíduo decidir sobre os caminhos da vida, tomando suas próprias decisões e se responsabilizando por elas, pois, a liberdade consagrada no texto constitucional esta inserida de forma abrangente indicando, por exemplo, a liberdade de expressão, de religião, de pensamentos, de comportamento e porque não também a liberdade sexual.

A ideia de liberdade é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade pelo seu fim em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.

#### 2.3.2.3 Liberdade de orientação sexual

A regra é a mesma para toda e qualquer liberdade, no âmbito da autonomia da vontade, intrínseca ao ser humano, o Estado não tem legitimidade para impor determinado tipo de escolha e, tampouco, para negar o reconhecimento de direitos aos cidadãos que exercem sua liberdade de forma plena.

A liberdade sexual, portanto, como toda e qualquer outra liberdade, liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de desenvolvimento da própria personalidade, liberdade de amar, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, cujo papel, nesta seara, é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas. Dessa forma, todo tipo de liberdade individual pode e deve ser considerado direito fundamental, objeto de proteção constitucional.

Dentre as mais diversas expressões da liberdade, da personalidade e da individualidade humana está a liberdade sexual, isto é, o direito de, em sua vida privada, expressar sua sexualidade da forma que melhor lhe convier. Assim como ocorre com as outras liberdades, a dignidade da pessoa humana depende da livre expressão sexual, inclusive a livre orientação sexual.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”. (DIAS, 2004, p. 28).

A liberdade sexual diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual. No entanto, aqui se excluem todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situação da vida.

Fica claro, então, que todos são livres para escolherem sua orientação sexual, não contendo significado o fato de ter sido eleita uma opção hetero ou homoafetiva por parte dessa pessoa. O repúdio social pela orientação sexual direcionada a uma pessoa do mesmo sexo corresponde, claramente, a uma discriminação e uma ofensa à sua liberdade de escolha.

Todos dispõem da liberdade de escolha, desimportando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas recebe o repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função da orientação sexual. O tratamento diferenciado, pelo inclinação a um ou a outro sexo, evidencia uma clara discriminação à própria pessoa, em função de sua identidade sexual. Como a opção sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito eu goza de proteção constitucional em face da vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida. (Dias, 2006, p. 75).

O direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual, trata-se de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, portanto inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.

Não permitir a um ser humano a livre orientação sexual, isto é, o direito de relacionar-se com uma pessoa do gênero oposto ou do mesmo sexo, é retirar-lhe o direito à intimidade, à livre busca da felicidade. Privar um indivíduo de sua sexualidade é oferecer a este ser humano uma vida indigna, seja ele homo ou heterossexual, como bem aponta Maria Berenice Dias:

A identificação do gênero do objeto de desejo, se masculino ou feminino, é o dado revelador da orientação sexual, opção essa que não pode merecer tratamento diferenciado. O fato de a atenção ser direcionada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha. A decisão judicial que adote por critério, não a efetiva conjunção das pessoas, de suas próprias vidas, mas a mera coincidência de sexos parte de um preconceito social. (Dias, 2006, p. 76).

Em nada diferencia, enquanto ser humano, um indivíduo homoafetivo ou heteroafetivo. Ambos são sujeitos de direito, protegidos pela Constituição Federal, sendo vedada qualquer discriminação em razão da tendência ou orientação afetiva, vez que essa é uma característica da própria natureza humana, que abrange sua dignidade, e que não ofende os direitos ou a liberdade dos demais indivíduos.

A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite restrições a quaisquer direitos. Há de se reconhecer a dignidade existente na

união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder a cada pessoa de exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana. (Dias, 2006, p. 77).

Despender tratamento diferenciado àquele que se relaciona com pessoas do mesmo sexo é discriminar o indivíduo por uma característica particular, por uma expressão que deveria ser livre, e não se tornar motivo de tratamento desigual.

O princípio da liberdade corresponde ao fundamento máximo da democracia, é por meio dessa liberdade que podemos usufruir de um Estado Democrático de Direito e de um sistema jurídico que permite ao cidadão viver de forma livre sem arbitrariedades por parte do Estado.

Nesse aspecto, o indivíduo ao exercer seu poder de atuação tem ampla proteção do Estado e negar direito à pessoa de preferência homoafetiva é negar a sua própria liberdade de escolha que afronta os fundamentos básicos, de uma Constituição que se diz democrática.

### *2.3.3 Fundamentalidade da diversidade sexual*

Ao analisarmos algumas características dos direitos fundamentais, quais sejam: historicidade<sup>23</sup>, inalienabilidade<sup>24</sup>, indivisibilidade<sup>25</sup>, universalidade<sup>26</sup>, dentre outras,

---

<sup>23</sup> Os direitos fundamentais são uma construção histórica, ou seja, a concepção do que é considerado fundamental varia de época para época, sendo condicionado à cultura de cada sociedade e principalmente aos anseios de uma determinada população.

<sup>24</sup> Os direitos fundamentais não podem ser vendidos, doados ou emprestados. São direitos pessoais (subjetivos), mas que interessa a toda sociedade.

<sup>25</sup> Os direitos fundamentais não devem ser analisados de forma isolada, deve-se fazer uma interpretação sistemática na qual irá analisar o conjunto, desta forma o desrespeito a um deles, constitui violação a todos.

<sup>26</sup> Os direitos fundamentais são dirigidos a todo ser humano, sem restrições, independentemente de sua raça, sexo, nacionalidade ou convicção política/ religiosa.

constatamos que o direito à diversidade sexual pode e deve ser considerado um direito fundamental.

Outrora o direito fundamental à diversidade sexual não era considerado um direito imprescindível, tanto é, que os constituintes não o elencaram no rol dos direitos fundamentais, contudo, com o passar dos anos, a sociedade, assim como os indivíduos transformam-se, e o que antigamente não era considerado um direito basilar, atualmente é visto como essencial para assegurar o direito à identidade sexual de cada ser humano.

Podemos asseverar que o direito à diversidade sexual possui o caráter inalienável à medida que cada indivíduo ao nascer possui sua orientação sexual, que pode ser homo ou heterossexual, essa característica é algo intrínseco a cada pessoa, e o direito de exercer a sua orientação sexual deve ser plena, não podendo o indivíduo abrir mão de sua sexualidade em prol da família, da sociedade ou do próprio Estado. Este é um direito inerente a cada cidadão e deve ser garantido pelo Estado e respeitado pela sociedade.

Como já mencionado, uma das características do direito fundamental é a sua indivisibilidade, desta feita, a inserção do direito à diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais é medida que se impõe, uma vez que vários direitos fundamentais, tais como a igualdade e liberdade, são violados em decorrência da não garantia da livre sexualidade de cada indivíduo. A partir do momento em que a diversidade sexual for considerada como um direito fundamental e houver uma interpretação sistêmica, haverá uma maior garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos homoafetivos.

E por fim, a universalidade dos direitos fundamentais, torna essencial, o reconhecimento da diversidade sexual como um direito fundamental, haja vista que esses direitos devem ser garantidos a todos os cidadãos independentemente de qualquer característica que os diferencie. Mesmo os direitos fundamentais tendo caráter universal, aos homafetivos são sonegados vários direitos elementares, isso apenas deixará de ocorrer, quando o direito à diversidade sexual for incluído no art 5º da nossa Constituição Federal.

(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p.60).

Após apresentar algumas características do direito fundamental que corroboram com a assertiva que o direito à diversidade sexual deve ser reconhecido como direito fundamental, iremos apontar outros fundamentos que confirmam o exposto acima.

Ao analisarmos o §2º do art. 5º da Constituição Federal<sup>27</sup> podemos inferir que o constituinte deixou uma cláusula aberta, com o intuito de demonstrar que há outros direitos fundamentais que não estão consagrados no mencionado dispositivo, que são oriundos dos princípios e do regime constitucional.

(...) a abertura material traz consigo a conclusão de que a fundamentalidade dos direitos, vai, inclusive, além da sua própria substância, uma vez que dela dimana a aquisição permanente de novos direitos fundamentais, em razão da escolha do constituinte estar subordinada à cultura, ao momento histórico e às necessidades ali presentes. (KELBERT, 2011, p. 41)

Desta feita, a partir dos princípios norteadores na nossa Carta Magna e de alguns dispositivos constitucionais, podemos asseverar que o direito à diversidade sexual é um direito fundamental tácito.

Podemos citar vários princípios constitucionais que embasam a fundamentalidade da diversidade sexual, todavia vamos destacar apenas um, cujo conteúdo valorativo atrai os demais princípios e direitos. O princípio aqui em relevo é o da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, disposto no art.3º, III, Constituição Federal.

---

<sup>27</sup> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A dignidade da pessoa humana está diretamente ligada ao livre desenvolvimento da sexualidade de cada indivíduo. Se ao cidadão não é assegurado o direito a expressar a(s) sua(s) sexualidade(s), se pode afirmar que um dos princípios fundamentais do Estado não está sendo assegurado.

A garantia da dignidade da pessoa humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumento jurídico (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado (...). A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado. (PINTO 1999, p.151-152).

No mesmo diapasão em aduzir que a dignidade da pessoa humana só é garantida quando a diversidade sexual de cada indivíduo é respeitada, o autor Roger Rios afirma: “A proteção da dignidade humana inclui o respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual.” (RIOS, 2001, p. 111).

Desta forma, por meio dos vários princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, e a cláusula de abertura material, art 5º, §2º, CF, pode-se asseverar que o direito à diversidade sexual, é um direito fundamental implícito, e que possui requisitos para se tornar um direito fundamental expresso.

A consagração do direito à diversidade sexual como um direito fundamental expresso traria como consequência lógica, a implementação da política do reconhecimento, apresentado e defendido pela professora Nancy Fraser. Em síntese, a política do reconhecimento segundo a autora:

O objetivo da política do reconhecimento, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito. Os exemplos incluem demandas por reconhecimento das perspectivas diferenciadoras de minorias étnicas, “raciais” e sexuais. (...)

A política do reconhecimento, em contraste, engloba não somente movimentos visando revalorizar identidades injustamente depreciadas, por exemplo, a identidade homossexual. (FRASER, 2008, p. 167-169 in *Livres e Iguais – Estudo de direito constitucional* org SARMENTO).

Ainda no que concerne à relação da sociedade com a minoria homoafetiva a autora afirma:

(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais faltam 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 posições jurídicas que deles decorrem, (...). Esses danos são injustiças por não reconhecimento. (FRASER, 2008, p. 173 in *Livres e Iguais – Estudo de direito constitucional* org SARMENTO).

A política do reconhecimento juntamente com a inclusão do direito à diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais poderão contribuir de forma ativa para a diminuição, quiçá com o fim, de um preconceito e uma discriminação que se arrastam por décadas. Mediante a exaltação das diversidades, a sociedade deve entender que a diferença não é algo degradante, e que a imposição de uma cultura dominante à coletividade não é uma maneira democrática e respeitosa de se viver e conviver.

### **3. LEGISLAÇÕES E DECISÕES SOBRE AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: RESGATE HISTÓRICO E ATUALIDADE**

No presente capítulo iremos discorrer acerca das legislações e decisões administrativas que têm como cunho garantir direitos aos homoafetivos, bem como, de realizar a inclusão desses cidadãos no seio da sociedade. Mas em contrapartida, também vamos apontar alguns projetos de leis que fomentam ainda mais a discriminação para com estes cidadãos.

Como asseverado no capítulo anterior, desde os tempos remotos o homoafetivo é considerado como uma figura anormal, sendo sempre alvo de críticas e preconceito, e o que se torna ainda mais preocupante é que o Estado, o grande responsável por garantir o bem de todos, independentemente de qualquer situação, na maioria das vezes não fez e não faz nada para mudar essa visão depreciativa que a coletividade tem em relação aos homoafetivos.

Difícil falarmos em Legislações pró homoafetivo anterior a Constituição de 1988, até porque no período precedente a essa carta política, não vivíamos em um país efetivamente democrático, onde não havia garantias individuais a qualquer cidadão brasileiro, quiçá a uma minoria que até hoje, após duas décadas e meia, ainda luta para salvaguardar seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 foi o início de uma mudança expressiva em busca de direitos iguais para todos, independentemente da orientação sexual de cada um. De acordo com o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Analisando mais a nossa Lei Maior seu art. 5º, caput, estabelece 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 à propriedade, nos termos seguintes”.

Considerando somente estes dois dispositivos constitucionais, podemos asseverar que o homoafetivo deve ser respeitado e ter todos os seus direitos, fundamentais ou não, garantidos e que o Estado é o responsável direto por isto, a começar pelo Poder Legislativo na edição de leis específicas que concedam direitos a esta minoria.

Entretanto, não é isso que ocorre em nosso país, fazendo uma retrospectiva legislativa constatamos que ainda não existem leis específicas que concedam aos homoafetivos direitos basilares, assegurados aos demais cidadãos brasileiros.

### **3.1 Projetos de Leis: contribuições parlamentares**

No presente ponto do trabalho analisaremos, de forma abreviada, alguns Projetos de Leis<sup>28</sup> favoráveis e contrários aos cidadãos homoafetivos apresentados à Câmara dos Deputados, posteriores à Constituição Federal, mostrando seus escopos e seus desfechos. Para uma melhor compreensão agrupamos os Projetos de Leis por assunto, assim, iremos apresentá-los de acordo com a temática e também de forma cronológica.

a) Os Projetos de Leis e também os Projetos de Decretos Legislativos elencados a seguir, têm em comum o intuito de convocar Plebiscito a fim de saber a opinião popular sobre união civil entre pessoas homoafetivas.

No ano de 2005 o então deputado Adelor Vieira, do PMDB de Santa Catarina, propôs um Projeto de Decreto Legislativo, PDC 2076/2005, no qual propunha um plebiscito de acordo com os termos dos artigos 14, I, e 49, XV, da Constituição Federal, sobre a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo. O projeto que previa uma opinião popular acerca de um tema controverso não teve muita adesão dos demais deputados e hoje se encontra arquivado.

Em 2011 o deputado André Zacharow, do PMDB do Paraná, propôs o Projeto de Decreto Legislativo, PDC 232/2011, que versava sobre a convocação de um plebiscito para decidir sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: "Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?". Atualmente o Projeto encontra-se na Comissão de Direito Humanos e Minorias (CDHM) aguardando deliberação.

b) As Propostas de Emenda Constitucional e os Projetos de Leis apresentados a seguir têm o escopo de incluir a liberdade de orientação sexual no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>28</sup> Os Projetos de Leis estudados no presente capítulo são fruto de uma pesquisa junto à Câmara dos Deputados, através do Sistema de Informação Legislativa (Sileg), que perdurou de maio de 2012 a novembro de 2012. Desta

O primeiro Manifesto na Câmara dos Deputados a favor da inclusão dos homoafetivo e contra o preconceito foi proposta, pela hoje senadora, Marta Suplicy, do PT de São Paulo, por meio da PEC 139/1995, a qual visava alterar os artigos 3º e 7º da Constituição Federal. O objetivo do presente projeto era que se incluísse a liberdade de orientação sexual, nos objetivos fundamentais da república federativa do Brasil, alterando a nossa Carta Magna. O projeto tramitou na Câmara até 1999, quando foi arquivado.

Marcos Rolim, do PT do Rio Grande do Sul, propôs a PEC 67/1999, com o intuito de alterar também os artigos 3º e 7º da Constituição Federal, baseando-se nos mesmos fundamentos que a PEC 139/1995, atualmente o projeto encontra-se arquivado.

O deputado Eduardo Valverde, do PT de Rondônia, apresentou o PL 3770/2004, que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual, alterando as Leis nº 8.213, de 1991; Lei 9.029, de 1995 e Lei 10.406, de 2002. Hoje o PL 3770/2004 está arquivado.

c) As PECs e o PL a seguir expostos, em suma, visam garantir a igualdade de todas as formas, à todos os cidadãos independentemente de qualquer diferença que possa desigualá-los.

No ano de 2003 a deputada Maria do Rosário, do PT do Rio Grande do Sul, propôs a PEC 66/2003, que visava alterar a redação dos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, para proibir a diferença de salários, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de discriminação por orientação e expressão sexual, etnia, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental, hoje o projeto está paralisado aguardando a criação de Comissão Temporária na Seção de Registro e Comissão.

Outra PEC com o mesmo objetivo das demais, qual seja, alterar os artigos 3º e 7º da nossa Lei Maior foi sugerida pelo deputado Paulo Pimenta, do PT do Rio Grande do Sul. A PEC 392/2005, indicava nova redação ao inciso IV do art. 3º e ao inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal. Estabelecendo entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a inexistência de preconceito em relação ao estado civil, orientação sexual, crença

religiosa e deficiência; proibindo, também, a diferença salarial e a utilização desses critérios para admissão no emprego. Atualmente a PEC está apensada à PEC 66/2003.

Iriny Lopes, deputada pelo PT do Espírito Santo, propôs o Projeto de Lei nº 4842/2009, o qual dispõe sobre normas de equidade de gênero e raça, de igualdade das condições de trabalho, de oportunidade e de remuneração no serviço público. Atualmente o projeto está arquivado.

O deputado Paulo Pimenta, do PT do Rio Grande do Sul, propôs o PL nº 756/2011, que dispõe sobre normas de equidade de gênero e raça, de igualdade das condições de trabalho, de oportunidade e de remuneração no serviço público. Hoje o projeto aguarda deliberação na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

d) Os próximos Projetos de Leis apresentados dispõe sobre a criação de postos públicos de assistência à homoafetivos.

Em 1983 a então deputada Cristina Tavares, apresentou o Projeto de Lei nº367/1983, que dispunha sobre a orientação sexual nos postos de assistência e saúde. O Projeto encontra-se arquivado.

A deputada Iara Bernardi, do PT de São Paulo, propôs o PL nº66/1999, que tinha o objetivo de criar Programas de Orientação Sexual, de Prevenção das DST/AIDS e do Uso Abusivo de Drogas. Atualmente o Projeto está aguardando apreciação no Congresso Nacional.

No ano de 2003 a deputada Iara Bernardi, apresentou o PL nº7/2003, com a mesma redação do PL nº66/1999 apresentado por ela quatro anos atrás. Hoje o PL está arquivado.

A deputada Alice Portugal, do PCdoB da Bahia, e o deputado Carlos Abicalil, do PT do Mato Grosso, propuseram respectivamente os Projetos de Leis nº 584/2007 e PL 601/2007 ambos dispunham acerca da criação de programa de orientação sexual, de prevenção das doenças sexualmente transmissíveis e do uso de drogas. Estes projetos foram apensados e atualmente estão aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

e) Os próximos Projetos abordam a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

A atual senadora Marta Suplicy, propôs o primeiro Projeto, PL 1151/1995, no qual disciplinava a união civil entre pessoas do mesmo sexo, alterando as Leis nºs 8.112, de 1990 e 6.815, de 1980, passado-se dezoito anos, hoje o PL está pronto para ser incluído na pauta de votação.

Em 2003, o então senador Sérgio Cabral foi autor da Proposta de Emenda à Constituição n. 70, por meio da qual se pretendia a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição, para nele incluir a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Contudo, em 2006, o próprio autor retirou a proposta.

A deputada Laura Carneiro, do PFL do Rio de Janeiro, apresentou vários Projetos de Leis a favor dos homoafetivos, dentre eles: O PL 6874/2006 visando alterar o Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Hoje o projeto está arquivado.

O deputado falecido Clodovil Hernandez, do PTC de São Paulo, apresentou o PL 580/2007, com a finalidade de alterar o Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Atualmente o projeto está aguardando parecer da Comissão de Seguridade Social e Família.

O deputado José Genuíno, do PT de São Paulo, propôs o PL nº 4914/2009, o qual tem o escopo de alterar o Código Civil. Aplicando à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. Este projeto foi apensado ao PL nº 580/2007, do então deputado Clodovil Hernandez e atualmente ambos estão aguardando parecer da Comissão de Seguridade Social e Família.

f) Os Projetos de Leis a seguir elencados, tratam acerca da discriminação em decorrência da orientação sexual.

Marta Suplicy propôs o PL nº 2252/1996, que tinha como escopo tipificar como crime a discriminação em entradas de prédios e elevadores, por vários motivos, dentre eles por preconceito em razão da orientação sexual, atualmente está tramitando na Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

O Projeto de Lei nº 1904/1999, de criação do então deputado Nilmário Miranda, do PT de Minas Gerais, versa acerca da alteração do art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça ou de Cor", incluindo também

como crime, a discriminação ou preconceito de etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual. Nos dias hodiernos o Projeto de Lei está arquivado.

O deputado Lincoln Portela, do PST de Minas Gerais, criou o PL 2937/2000, que propunha a alteração do parágrafo 1º do art. 1º e art. 7º da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, Lei de Imprensa. No parágrafo 1º do art. 1º da referida Lei consta: “Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”. A proposta é para que se proíba não apenas o que está disposto no parágrafo 1º, mas também as propagandas que incentivem ou divulguem a prostituição de menores, adolescentes e adultos, nos meios de comunicação de massa, Internet, telefone, assim como a divulgação de informações sobre religião, opção sexual, parentesco e outras que caracterizem discriminação. O PL 2937/2000, hoje tramita em conjunto com o PL 6871/2006, proposto pela deputada Laura Carneiro, do PFL do Rio de Janeiro, os dois Projetos de Leis possuem o mesmo conteúdo legal.

No ano de 2000 o deputado Vicente Caropreso, do PSDB de Santa Catarina, propôs a Projeto de Lei 2367/2000, cujo objetivo é alterar o art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor", para incluir também os resultantes de preconceito de gênero e de opção sexual. O projeto foi arquivado.

Em 2001, foi criado o Projeto de Lei 5003/2001, intitulado o PL contra a homofobia, criado pela deputada Iara Bernardi do PT de São Paulo, no qual previa sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Hoje o projeto está aguardando por votação.

A deputada Iara Bernardi, propôs também o PL 5452/2001, com o intuito de alterar a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968, que "regula o provimento de cargos sujeitos a seleção". Com a finalidade de proibir a discriminação ou o preconceito decorrentes de raça, cor, etnia, religião, sexo ou orientação sexual, para o provimento de cargos sujeitos a seleção para os quadros do funcionalismo público e das empresas privadas.

Nos dias atuais o PL tramita em conjunto com o PL 6840/2002, de autoria de Ceviolen, no qual proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos. Estes dois projetos tramitam juntamente com o PL 1959/2011, apresentado pelo deputado Roberto de Lucena, do PV de São Paulo, que tem como objetivo central, alterar a redação de dispositivos da Lei nº 7.716,

de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor". Para incluir também, a tipificação dos crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social. Estes projetos encontram-se na Comissão de Direitos Humanos e Minorias aguardando a apreciação do Plenário.

A deputada Nair Xavier Lobo, do PMDB de Goiás, apresentou o PL nº 6186/2002 que previa a modificação no art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual. Atualmente o Projeto está arquivado.

A deputada Iara Bernardi, propôs também o Projeto de Lei 5/2003, que tem o escopo de alterar os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação e/ou preconceito de gênero e orientação sexual.

A deputada Laura Carneiro, apresentou mais dois Projetos sobre a temática, a saber, o PL nº 287/2003 que dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual. Atualmente está no plenário pronto para entrar em pauta. E outro é o PL 3143/2004, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Para incluir também os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual. Atualmente o projeto está arquivado.

A deputada Maninha, do PT do Distrito Federal, propôs o Projeto de Lei nº 3817/2004 que estabelece como crime hediondo o cometido contra homossexuais em razão de sua orientação sexual, alterando a Lei nº 8.072, de 1990. O projeto está arquivado.

Edson Duarte, deputado pelo PV da Bahia, apresentou o PL 4243/2004 no qual estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Incluindo o crime resultante de preconceito ou discriminação em razão da orientação sexual. O projeto está arquivado.

A deputada Sueli Vidigal, do PDT do Espírito Santo, apresentou o PL 4373/2008, que versa sobre a proibição de tratamento discriminatório aos cidadãos doadores de sangue por parte das entidades coletoras. Hoje o projeto está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Dalva Figueiredo, deputada pelo PT do Amapá, apresentou o Projeto de Lei nº 582/2011, o qual acresce dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Para instituir, como circunstância que agrava a pena e qualifica o crime de homicídio, a de ter o agente cometido o crime em função da orientação sexual do ofendido. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado à livre orientação sexual da pessoa. O projeto nos dias atuais, aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

A deputada Carmen Zanotto, eleita pelo PPS de Santa Catarina, propôs o Projeto de Lei nº 1846/2011, para alterar a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Lei da Tortura. Para estabelecer, como crime de tortura, constranger alguém em razão de discriminação sexual. O projeto está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) pronto para entrar na pauta de votação.

O deputado Roberto de Lucena, do PV de São Paulo, apresentou o PL nº 1899/2011, a fim de alterar a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Para incluir também a orientação sexual, a aparência e a classe social nos crimes resultantes de preconceito. O projeto foi retirado pelo autor na mesa Diretora da Câmara dos Deputados e aguarda retorno.

g) O dois Projetos de Leis a seguir expostos sugerem a alteração do Código Penal Militar.

Alceste Almeida, deputado pelo PMDB de Roraima, apresentou o Projeto de Lei nº 2773/2000, cujo escopo é alterar a redação do art. 235, do Código Penal Militar, excluindo de seu texto o crime de pederastia<sup>29</sup>. Hoje o projeto está pronto para entrar na pauta de votação.

A deputada Laura Carneiro, apresentou o PL nº 6871/2006, o qual propunha alterações à redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome jurídico o termo "pederastia" e do texto a expressão "homossexual ou não". Atualmente o Projeto está apensado ao Projeto nº 2773/2000, e aguarda para entrar na pauta de votação.

---

<sup>29</sup> O crime militar de pederastia, tipificado no art 235 do Código Penal Militar, foi criado durante o regime militar de 1964 para penalizar atos sexuais, homossexuais ou não, praticados dentro das Forças Armadas. Hodiernamente nos dicionários a palavra "pederastia" significa: "prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem; homossexualismo masculino" (Houaiss- Dicionário da Língua Portuguesa- Rio de Janeiro, 2004)

h) O próximo assunto dos Projetos de Leis refere-se à inclusão do companheiro (a) como dependente para todos os fins de direito.

A deputada Maninha, propôs o Projeto de Lei nº 2383/2003, que versa alteração da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, impedindo que as operadoras de planos de saúde façam restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo. Atualmente, o projeto está na mesa aguardando deliberação de recurso.

O deputado Maurício Rands, do PT de Pernambuco, propôs o Projeto de Lei nº 6297/2005, que acrescenta um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e também a inclusão de uma nova alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para abarcar a situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS, e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União. Hoje, o projeto está aguardando parecer da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

A deputada Laura Carneiro, apresentou o PL nº 6309/2005, o qual tinha o mesmo objetivo do PL nº 2383/2003, ou seja, a alteração da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, impedindo que as operadoras de planos de saúde façam restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo. Atualmente o projeto está arquivado.

O deputado Maurício Rands, no ano de 2008, propôs o PL 3712/2008, com o intuito de modificar o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física. Atualmente, o projeto está aguardando parecer na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

i) Os Projetos de Leis arrolados abaixo visam instituir um dia para se solenizar a homoafetividade.

A deputada Nair Xavier Lobo, do PMDB de Goiás, apresentou o PL 5430/2001, o qual institui o dia nacional do orgulho gay e da consciência homossexual, a ser comemorado no dia 28 de junho. O projeto encontra-se arquivado.

A deputada Laura Carneiro, propôs o Projeto de Lei nº 379/2003, que institui o dia nacional do orgulho gay e da consciência homossexual, a ser comemorado no dia 28 de junho. Hoje aguarda deliberação de recurso para ulteriormente ser incluído na pauta de votação.

A deputada Iara Bernardi, apresentou o Projeto de Lei nº 7052/2006, com a finalidade de instituir o dia nacional de combate a homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio. Atualmente o Projeto está arquivado.

A deputada Maninha, criou o Projeto de Lei nº 7246/2006, que institui o dia 29 de agosto como o "Dia da Visibilidade Lésbica". O Projeto hoje se encontra arquivado.

Fátima Bezerra, deputada pelo PT do Rio Grande do Norte, propôs o PL nº 81/2007, o qual institui o dia nacional de combate à homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio. O projeto aguarda deliberação de recurso.

A deputada Cida Diogo, apresentou o PL 2000/2007, o qual estabelece o dia 29 de agosto como o dia nacional da visibilidade lésbica. O projeto está arquivado.

j) Os Projetos de Leis a seguir apresentados têm temáticas variadas, mas em comum abordam a homoafetividade.

No ano de 2000, o deputado Pompeo de Mattos, do PDT do Rio Grande do Sul, propôs o PL nº 3099/2000, que dispõe sobre a obrigatoriedade da disciplina "Orientação Sexual", nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas. Atualmente, o Projeto de Lei tramita em conjunto com o PL 6256/2005, de autoria do deputado Remi Trinta, deputado pelo PL do Maranhão, que também discute sobre a inclusão da disciplina "Educação Sexual" no currículo das escolas de ensino fundamental. Ambas encontram-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) para apreciação.

Iara Bernardi, propôs o Projeto de Lei nº 9/2003, no qual altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais, para permitir visita íntima para presos, independente de sua orientação sexual. O Projeto está arquivado.

Cida Diogo, deputada pelo PT do Rio de Janeiro, apresentou o PL nº 2976/2008, que acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero

travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social. Este projeto foi apensado ao PL 70/1995, de autoria do deputado José Coimbra (PTB-SP) que versa sobre intervenções cirúrgicas a fim de alterar o sexo. Esses Projetos estão prontos para entrarem na pauta de votação do plenário.

A deputada Erika Kokay, do PT do Distrito Federal, apresentou o Projeto de Lei nº 1510/2011, cuja redação é similar ao PL 9/2003, que consiste em acrescentar inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos. Atualmente, o projeto está tramitando na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

Importante mencionarmos também o Estatuto da Diversidade Sexual, que foi um projeto idealizado pelas Comissões da Diversidade Sexual da OAB, que tem o intuito de consolidar um conjunto de normas e regras para beneficiar uma parcela da sociedade, cujos direitos elementares à cidadania não são garantidos. O objetivo das Comissões da Diversidade Sexual é encaminhar o Estatuto da Diversidade Sexual ao Congresso Nacional por meio de uma iniciativa popular, ou seja, referendado pela assinatura de aproximadamente um milhão e meio de cidadãos.

O Estatuto possui 111 artigos, divididos entre XVIII subtítulos, tais como: o III-Direito à Livre Orientação Sexual, que dispõe acerca de alguns dos mais relevantes artigos do Estatuto, a saber:

Art. 5º - A livre orientação sexual e a identidade de gênero constituem direitos fundamentais.

§ 1º - É indevida a ingerência estatal, familiar ou social para coibir alguém de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

§ 2º - Cada um tem o direito de conduzir sua vida privada, não sendo admitidas pressões para que revele, renuncie ou modifique a orientação sexual ou a identidade de gênero.

Art. 6º - Ninguém pode sofrer discriminação em razão da orientação sexual própria, de qualquer membro de sua família ou comunidade.

Art. 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo proibida qualquer prática que obrigue o indivíduo a renunciar ou negar sua identidade sexual.

Art. 8º - É proibida a incitação ao ódio ou condutas que preguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL. Disponível em <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/> Acesso em: 02 jul. 2013.

Com o intuito de angariar assinaturas para o projeto, no dia 17 de maio de 2012, lançou-se uma campanha nacional<sup>31</sup>, para que o Estatuto da Diversidade Sexual chegue ao Poder Legislativo, como um projeto de iniciativa popular, e dessa forma, os políticos não poderão omitir-se de votar alegando que o projeto desagrada à sociedade. A coleta de assinaturas perdura até o momento.

Nenhum dos vários Projetos apresentados acima foi submetido à votação. Alguns, depois de vários anos encontram-se aptos à votação, mas ainda não foram colocados em pauta. Outros Projetos foram arquivados sem ao menos entrarem em pauta e serem submetidos a uma votação. Como podemos constatar, a aprovação de uma Lei em nosso país é um processo muito lento, principalmente quando não se há interesses majoritários por trás.

Entretanto, não são apenas de Projetos de Leis ou de possíveis iniciativas populares favoráveis aos cidadãos homoafetivos que encontramos no Congresso Nacional, há PL que evidenciam ainda mais a desigualdade, vivenciada pelos homoafetivos, bem como, incitam a discriminação e o preconceito. A seguir, iremos apresentar alguns Projetos de Leis, de maneira cronológica, contrários à inclusão dos cidadãos homoafetivos.

O deputado Paes Lira, do PTC de São Paulo, propôs o Projeto de Decreto Legislativo nº 1640/2009, no qual susta a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1, de 23 de Março de 1999<sup>32</sup>, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. De acordo com este Projeto de Decreto Legislativo, o psicólogo passa a ter a faculdade de oferecer um tratamento para os homoafetivos, indicando os melhores caminhos para a cura da homoafetividade. Atualmente o PDC está arquivado.

João Campo, deputado de PSDB de Goiás, apresentou o PDC nº 234/2011, com conteúdo idêntico ao PDC nº 1640/2009, todavia o Projeto de Decreto Legislativo apresentado por este deputado não foi arquivado, pelo contrário, foi julgado no dia 18 de junho de 2013 na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

---

<sup>31</sup> As assinaturas são colhidas através do site <http://www.peticaopublica.com.br/PeticaoVer.aspx?pi=EDS>. Acesso em: 17 jul. 2013.

<sup>32</sup> **Art. 3º** Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. **Parágrafo Único** - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. **Art. 4º** Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

O projeto que ficou conhecido como a “cura gay”, foi aprovado por maioria. Esse Projeto propõe a suspensão da validade de dois artigos de uma resolução do Conselho Federal de Psicologia, em vigor desde 1999. O projeto quer suprimir um dos trechos da Resolução nº 1/99, que proíbe os profissionais de participar de terapia para alterar a orientação sexual e de atribuir caráter patológico (de doença) à homossexualidade. Os profissionais também não podem adotar ação coercitiva, a fim de orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Quase quinze dias após a aprovação do PDC nº 234/2011 na CDHM, o plenário da Câmara dos Deputados, após inúmeras manifestações contrárias a aprovação, arquivou o polêmico projeto<sup>33</sup>.

O deputado João Campos, apresentou também o PDC nº 224/2011, que tem o objetivo de sustar a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. Atualmente, o projeto está no plenário.

Marco Feliciano, deputado pelo PSC de São Paulo, e presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, propôs o PDC nº 521/2011, que visa convocar plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar. Hoje o projeto tramita na CDHM. Podemos asseverar que este projeto é contrário à inclusão dos homoafetivos, uma vez que, foi proposto após a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo à união homoafetiva os mesmos direitos que a união estável entre casais heterossexuais. O deputado com essa proposição quis colocar a decisão do STF sob análise da sociedade, vez que se a maioria da sociedade não concordar com os direitos outorgados aos homoafetivos, esses serão suprimidos.

A deputada Neucimar Fraga, do PL do Espírito Santo, apresentou o Projeto de Lei nº 2177/2003, o qual cria programa de auxílio e assistência à reorientação sexual das pessoas que voluntariamente optarem pela mudança de sua orientação sexual da homossexualidade para heterossexualidade. O projeto encontra-se arquivado.

Elimar Máximo Damasceno, deputado pelo PRONA de São Paulo, propôs o PL 2279/2003, tornando contravenção penal o beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em

---

<sup>33</sup> MELO, Débora. Deputado tucano desiste de 'cura gay'; Feliciano ameaça retomar proposta. **Uol**. 02 jul. 2013 Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/07/02/camara-dos-deputados-arquiva-cura-gay.htm> Acesso em: 17 jul. 2013.

público. O projeto está arquivado. O mesmo deputado propôs também o PL nº5816/2005 que visa acrescentar o § 3º ao art. 13 da Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, para dar competência aos psicólogos para auxiliar e dar suporte psicológico às pessoas que voluntariamente deixarem a homossexualidade. Atualmente, o projeto está arquivado.

O deputado Walter Brito Neto, do PRB da Paraíba, apresentou o PL nº 3323/2008, para alterar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo. O projeto hoje está arquivado.

Olavo Calheiros, deputado pelo PMBD de Alagoas, propôs o Projeto de Lei nº 4508/2008, para proibir a adoção por homossexual, alterando desta forma, o parágrafo único do art. 1.618, do Código Civil. O projeto hoje está na Coordenação de Comissão Permanente (CCP) para análise.

O deputado Capitão Assunção, do PSB do Espírito Santo, apresentou o PL nº 5167/2009, para alterar o art. 1.521 do Código Civil, a fim de estabelecer que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo possa equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar. Atualmente, o projeto está tramitando na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

Mostramos alguns dos inúmeros Projetos de Leis apresentados diariamente em nosso Congresso Nacional, como podemos aferir há proposições prós e contrárias aos cidadãos homoafetivos. Entretanto, em decorrência da lentidão excessiva do nosso Legislativo, hodiernamente foi aprovado, em comissão, apenas um projeto, a saber, o Projeto de Decreto Legislativo nº 234/2011, que ficou nacionalmente conhecido como a “cura gay”, de autoria de Deputado João Campo deputado de PSDB de Goiás.

Ante a aprovação de apenas um PDC, dentre tantos, conforme apresentado acima, sendo este PDC contrário a luta de décadas que os homoafetivos travam com o Poder Legislativo, cumulado com a inércia espantosa dos nossos legisladores, podemos aferir que esse descaso em aprovar Leis em favor dos homoafetivos possa ter um cunho religioso, cultural, político, dentre outros. Contudo, já é tempo da sociedade, assim como os nossos legisladores, ter a consciência de que os cidadãos homoafetivos possuem os mesmos deveres e por óbvio os mesmos direitos que os demais cidadãos heterossexuais.

Dessa forma, podemos atribuir ao Poder Legislativo, pela sua inércia e pelo seu descaso, parcela da culpa por ainda haver em nosso país tanta discriminação, preconceito e massacre em relação à orientação sexual de cada indivíduo.

### **3.2 Constituições Estaduais e Leis Estaduais**

Como é de conhecimento de todos, em nossa Constituição Federal não há um dispositivo que verse sobre os direitos dos homoafetivos, que vede qualquer tipo de discriminação em decorrência da orientação sexual ou ainda que assegure a diversidade sexual como um direito fundamental inerente a cada ser humano. Entretanto, há em algumas poucas Constituições Estaduais, artigos que proíbem o preconceito em relação à orientação sexual.

Está disposto no art. 2º, I da Constituição Estadual de Alagoas:

Assegurar a dignidade da pessoa humana, mediante a preservação dos direitos invioláveis a eles inerentes, de modo a proporcionar idênticas oportunidades a todos os cidadãos, sem distinção de sexo, orientação sexual, origem, raça, cor, credo ou convicção política e filosófica e qualquer outra particularidade ou condição discriminatória, objetivando a consecução do bem comum.<sup>34</sup>

Neste artigo da Constituição alagoana podemos constatar que a dignidade da pessoa humana é respeitada formalmente, contudo, não podemos asseverar que somente este dispositivo legal, seja suficiente para se garantir a dignidade humana de fato aos cidadãos, em especial aos homoafetivos.

A Constituição Estadual do Pará assim prescreve em seu art 3º,IV, “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, deficiência e quais outras forma de discriminação”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>ALAGOAS. Constituição Estadual. 1989 Disponível em <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/constituicao-estadual>. Acesso em: 07 jul. 2013

<sup>35</sup> PARÁ. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>. Acesso em:

Assim como na Constituição Estadual do Pará, na Constituição Estadual do Sergipe podemos verificar também a tutela ao direito à livre orientação sexual, em seu art<sup>3º</sup>:

O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:  
(...)

II- proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.<sup>36</sup>

A Constituição Estadual do Mato Grosso traz também a sua contribuição no tocante a não discriminação ou concessão de privilégios em decorrência da orientação sexual de cada indivíduo, é o que verificamos em seu art. 10º.

O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes:

(...)

III- a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.<sup>37</sup>

A Constituição Estadual de Santa Catarina também versa sobre o veto a discriminação oriunda da orientação sexual de cada um, é o que encontramos em seu art. 4º, III:

O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias

---

07 jul. 2013.

<sup>36</sup> SERGIPE. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.al.se.gov.br/cese/constituicao>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>37</sup> MATO GROSSO. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.al.mt.gov.br/TNX/storage/constituicao-de-mato-grosso.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2013.

individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte:

(...)

IV- a lei cominará sanções de natureza administrativa, econômica e financeira a entidades que incorrerem em discriminação por motivo de origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil, crença religiosa, orientação sexual ou de convicção política ou filosófica, e de outras quaisquer formas, independentemente das medidas judiciais previstas em lei.<sup>38</sup>

A Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, no dia 25 de junho de 2013, aprovou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC), apresentada pelo deputado Fábio Novo presidente regional do PT, que acrescenta a Constituição Estadual a vedação a discriminação devido à orientação sexual e convicção religiosa e filosófica das pessoas.

Ainda não são todos os estados do país que possuem em suas Constituições dispositivos que versem sobre a livre orientação sexual de cada indivíduo ou ainda que abordem acerca do combate a homofobia. Entretanto, há estados que mesmo não tendo em suas Constituições estes artigos, promulgaram leis com o intuito de resguardarem os direitos destas minorias.

Os estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Paraíba e Maranhão são alguns dos Estados dos quais editaram leis em prol do reconhecimento à livre orientação sexual. Nas linhas que se segue, de forma resumida, citaremos as mencionadas leis, bem como seus artigos mais relevantes.

O estado de São Paulo, no ano de 2001, editou a lei 10.948, de autoria do deputado Renato Simões, do PT, essa lei foi criada com o escopo de proteger o cidadão homoafetivo. A legislação é composta por 9 artigos, dentre eles o art. 1º e 2º que não mencionam o combate a homofobia de maneira expressa, mas em uma interpretação teleológica é o que podemos aferir:

Art 1º: Será punida, nos termos desta lei, toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero.

Art 2º: - Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direitos

<sup>38</sup>SANTA CATARINA. Constituição Estadual. 1989. Disponível em [http://www.alesc.sc.gov.br/portal/constituicaoEstadual/CESC\\_16\\_11\\_2009.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/portal/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf). Acesso em: 07 jul. 2013.

individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos desta lei:

I - praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;

II - proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público;

III - praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei;

IV - preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares;

V - preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade;

VI - praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado;

VII - inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional;

VIII - proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos.<sup>39</sup>

O estado de Minas Gerais promulgou a lei 14.170/2002, de autoria do deputado João Batista de Oliveira, que edita normas contra a discriminação em decorrência da orientação sexual.

Art 1º: O Poder Executivo imporá, no limite da sua competência, sanções às pessoas jurídicas que, por ato de seus proprietários, dirigentes, prepostos ou empregados no efetivo exercício de suas atividades profissionais, discriminem, coajam ou atentem contra os direitos da pessoa em razão de sua orientação sexual.

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, consideram-se discriminação, coação e atentado contra os direitos da pessoa os seguintes atos, desde que comprovadamente praticados em razão da orientação sexual da vítima: I - constrangimento de ordem física, psicológica ou moral;

II - proibição de ingresso ou permanência em logradouro público, estabelecimento público ou estabelecimento aberto ao público, inclusive o de propriedade de ente privado;

III - preterição ou tratamento diferenciado em logradouro público, estabelecimento público ou estabelecimento aberto ao público, inclusive o de propriedade de ente privado;

IV - coibição da manifestação de afeto em logradouro público, estabelecimento público ou estabelecimento aberto ao público, inclusive o de propriedade de ente privado

V - impedimento, preterição ou tratamento diferenciado nas relações que

<sup>39</sup> SÃO PAULO. Lei 10.948/2000. Disponível em <http://www.justica.sp.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2013.

envolvem a aquisição, locação, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis, para qualquer finalidade;

VI - demissão, punição, impedimento de acesso, preterição ou tratamento diferenciado nas relações que envolvem o acesso ao emprego e o exercício da atividade profissional.<sup>40</sup>

As legislações paulista e mineira são praticamente idênticas no tocante a proibição de discriminação devido à orientação sexual de cada um, bem como, que ambas tentam coibir essa prática estabelecendo sanções aos seus contraventores.

O estado do Rio de Janeiro promulgou a lei 3.406 em 15 de maio de 2000, que estipula penalidades aos estabelecimentos que discriminarem pessoas em decorrência de sua orientação sexual.

O Rio Grande do Sul criou a lei 11.872 de 2002, que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade oriunda da orientação sexual de cada indivíduo. Em seu artigo 1º, a referida lei resume de maneira elucidativa o teor e o objetivo final desta legislação.

Art 1º: Estado do Rio Grande do Sul, por sua administração direta e indireta, reconhece o respeito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros<sup>41</sup>.

O Distrito Federal editou a lei 2.615, de 26 de outubro de 2000<sup>42</sup>, de autoria da deputada Maria José, conhecida também como Maninha. Em síntese, nessa lei o governo do Distrito Federal determinou punições para estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviço e órgãos públicos que discriminarem pessoas em virtude de sua orientação sexual. Estabelecendo multas e até suspensão de alvará para quem praticar constrangimento, proibição de ingresso ou permanência de homoafetivos em determinados

<sup>40</sup> MINAS GERAIS. Lei 14.170/2002. Disponível em <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>41</sup> RIO GRANDE DO SUL. Lei 11.872/2002 Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis> Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>42</sup> DISTRITO FEDERAL. Lei 2.615/2000. Disponível em <http://www.abglt.org.br/port/leis> Acesso em: 07 jul.2013

lugares, bem como, promover atendimento diferenciado preterindo o indivíduo em decorrência de sua orientação sexual. As multas variam de 5 e 10 mil reais, dobradas em caso de reincidência.

O estado da Paraíba promulgou a lei nº 7.309 de 10 de janeiro de 2003.<sup>43</sup>, na qual, em suma, proíbe discriminação em virtude da orientação sexual, estipulando multas a pessoas jurídicas que incorrerem nestes atos.

O estado do Maranhão editou a lei nº 8444/2006, que dispõe sobre penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em decorrência da orientação sexual de cada indivíduo.

Art. 2º Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgênero, para os efeitos da presente Lei:

- I – submeter o cidadão, conforme a sua orientação sexual, a qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;
- II – proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, de acesso público;
- III – praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em Lei;
- IV – preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade;
- V – preterir quando da ocupação e/ou imposição para pagamento de mais uma unidade em hotéis, motéis ou estabelecimentos congêneres;
- VI – praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado;
- VII – inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional;
- VIII – proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos.<sup>44</sup>

Levando em consideração o número de estados que o Brasil possui, e os estados que promulgaram leis com o intuito de garantir direitos e coibir atos discriminatórios contra os homoafetivos, podemos asseverar sem margem para erro, que ainda são poucos os estados que estão engajados na inclusão social desta minoria. Frente à constatação numérica acima demonstrada, fica evidente que as assembleias legislativas estaduais não estão destoando do

---

<sup>43</sup> PARAÍBA. Lei nº 7.309/03. Disponível em <http://www.al.pb.gov.br/legis> Acesso em: 07 jul. 2013.

Congresso Nacional no tocante a criação de leis específicas que tutelem direitos da minoria homoafetiva, ambos preferem quedar-se inertes frente aos conclames deste grupo.

### 3.3 Normatizações e Portarias Ministeriais

No decorrer do presente estudo ficou demonstrado que ainda não há em nosso país uma lei federal que tutele os direitos dos cidadãos homoafetivos. A primeira grande conquista destes indivíduos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal garantindo à união homoafetiva os mesmos direitos que a união estável entre os heterossexuais. Essa importante decisão será abordada no próximo capítulo, juntamente com as conseqüências advindas desse julgamento.

Neste momento iremos considerar as instruções normativas e as portarias ministeriais, de maior relevância para o assunto, anteriores a decisão do STF de 2011, estas serão dispostas de forma cronológica.

A instrução normativa nº 25/2000 do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, de 07 de junho de 2000<sup>45</sup>, foi editada uma década antes da já mencionada decisão do STF, entretanto, esta Instrução já dispunha acerca da concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homoafetivo. Desta feita, desde 2000 o INSS já havia estendido os direitos previdenciários concernentes à união estável para a união homoafetiva.

No ano de 2004 a Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, editou a Circular nº 257/2004<sup>46</sup>, o qual regulamentava o direito do companheiro ou companheira homoafetivo ao recebimento de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro DPVAT.

O Conselho Nacional de Justiça, CNJ, publicou a Resolução nº 39/2007, que dispõe

<sup>44</sup> MARANHÃO. Lei nº 8444/2006. Disponível em <http://www.al.ma.gov.br/legis>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>45</sup> INSS. A Instrução Normativa nº 25/2000 Disponível em <http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=568>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>46</sup> MINISTÉRIO DA FAZENDA. Circular nº 257/2004. Disponível em

sobre o instituto da dependência econômica na esfera deste órgão, reconhecendo e garantindo direitos aos companheiros advindos de uma união homoafetiva.

Art. 1º - O reconhecimento de dependente econômico de servido, para fins de concessão de benefícios no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, obedece ao disposto nesta Resolução.

Art. 2º - Podem ser reconhecidos como dependentes econômicos de servidor:

I - cônjuge ou companheiro(a);

II - filhos, enteados e menores tutelados ou sob guarda judicial;

III - pai e mãe, genitores ou adotantes, bem como padrasto e madrasta, comprovadamente não dependentes entre si;

IV - portadores de necessidades especiais;

V - companheiro de união homoafetiva.<sup>47</sup>

O Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução Normativa nº77/2008<sup>48</sup> que dispõe acerca de critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, independente de ser uma união heterossexual ou homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal dispôs o Ato Deliberativo nº 27, de 26 de junho de 2009<sup>49</sup>, que versa sobre o reconhecimento de companheiro e companheira de união homoafetiva estável como beneficiário (a) do Plano de Assistência à Saúde e Benefícios Sociais do Supremo Tribunal Federal – STF-Med.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, publicou a Súmula Normativa nº 12 de 04 de maio de 2010, que ensina: “Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.”<sup>50</sup>

---

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>47</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 39/2007 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>48</sup> CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa nº77/2008. Disponível em [http://portal.mte.gov.br/trab\\_estrang/resolucoes-normativas.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucoes-normativas.htm). Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>49</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ato Deliberativo nº 27 Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/stfMed/>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>50</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Súmula Normativa nº 12 Disponível em [http://www.ans.gov.br/texto\\_lei.php?id=70](http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70). Acesso em: 07 jul. 2013.

A Presidência da República, promulgou Decreto de 04 de junho de 2010<sup>51</sup>, instituindo o dia nacional de combate à homofobia, a saber, o dia 17 de maio.

Em julho de 2010 a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, PGFN, após analisar alguns requerimentos administrativos referentes à contribuintes que pleiteavam a inclusão cadastral do (a) companheiro (a) advindos de uma união homoafetiva como dependentes, para fins do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, decidiu, por meio do Parecer nº PGFN/CAT/Nº 1503/2010 de 10 de julho de 2010<sup>52</sup>, pela juridicidade da inclusão do(a) companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do Imposto sobre a Renda, desde que preenchidos os demais requisitos exigíveis à comprovação da união estável disciplinada pela legislação.

No ano de 2010 a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, apresentou à sociedade brasileira e aos agentes públicos o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos da comunidade LGBT<sup>53</sup> (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), que visa garantir e proteger os direitos dessas pessoas, mediante políticas públicas com o imperioso objetivo de eliminar as discriminações e combater os preconceitos de qualquer espécie.

A Presidência da República tornou público o Decreto nº 7.388 de 09 de dezembro de 2010, onde cria o Conselho Nacional de Discriminação, CNCD, que tem a finalidade de combater a discriminação em decorrência da orientação sexual.

Art. 1º O Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, no âmbito de suas competências, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tem por finalidade, respeitadas as demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração federal, formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto de 04 de junho de 2010 Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm). Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>52</sup> PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer nº PGFN/CAT/Nº 1503/2010 de 10 de julho de 2010 Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>53</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos da comunidade LGBT Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2013

<sup>54</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm). Acesso em:

Mesmo antes do julgamento do STF em relação à união homoafetiva, que foi o grande divisor de águas para os cidadãos homoafetivos que buscam igualdade de direito, alguns Ministérios como o da saúde e também o da educação já haviam criado portarias com o escopo de garantir direitos específicos e de extrema relevância a estes indivíduos.

O Ministério da Saúde criou no dia 18 de agosto de 2008, a Portaria nº 1.707/08, na qual estabelecia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador, a ser implementado nas unidades federadas, respeitando as competências das três esferas de gestão. Na portaria o ex Ministro da saúde, José Gomes Temporão assevera:

Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; Considerando que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS.<sup>56</sup>

O Ministério da Saúde com a edição dessa portaria transpareceu a preocupação que o Governo Federal tinha com o indivíduo transexual, que não dispunha de recursos financeiros para realizar a operação de transgenitalização, e com isso esse cidadão não tinha seus direitos elementares assegurados.

Percebe-se que mesmo antes do STF reconhecer alguns direitos aos homoafetivos, o Ministério da Saúde veio regulamentar a cirurgia com o intuito de garantir a dignidade a esses

---

07 jul. 2013

<sup>55</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.707/08. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 07 jul. 2013

<sup>56</sup> Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 07 jul. 2013.

cidadãos, por meio da gratuidade da operação.

Desde 2008 com a criação desta Portaria, até novembro de 2011, foram realizadas 113 cirurgias de mudança de sexo, 21 no Rio de Janeiro, 21 em São Paulo, 52 no Rio Grande do Sul e 19 em Goiás.<sup>57</sup>

O Ministério da Saúde editou ainda a Portaria nº457 de 19 de agosto de 2008<sup>58</sup>, que veio regulamentar os procedimentos da cirurgia de transgenilização, tais como o pré-operatório com o uso do tratamento hormonal, com distribuição gratuita, o acompanhamento terapêutico, dentre outros procedimentos.

O Ministério do Planejamento editou a Portaria nº 233/10 de 19 de agosto de 2010<sup>59</sup>, garantindo aos servidores públicos federais, incluindo as autarquias e fundações, a utilização dos nomes sociais<sup>60</sup>, como forma de tratamento as travestis e as transexuais. Essas devem ser identificadas em seus crachás, e-mail, comunicações internas, sistema de informática, pelo nome social que adotarem.

Em consequência da portaria criada pelo Ministério do Planejamento, o Ministério da Educação editou a portaria nº 1.612, de 18 de novembro de 2011<sup>61</sup>, em que assegura as transexuais e as travestis, o direito à escolha de tratamento nominal, podendo adotar o nome social nos atos e procedimentos promovidos no âmbito do Ministério da Educação, evitando assim, o constrangimento diário e constante àquelas pessoas com características sociais não condizentes com seu nome identificador.

O Ministério da Previdência Social publicou a Portaria nº 513 de 09 de dezembro de 2010<sup>62</sup>, a fim de estipular que a lei nº 8.213/91, que regulamenta no âmbito da Previdência Social os dependentes para fins previdenciários, tenha seus artigos interpretados de forma extensiva, a contemplar também os dependentes da união homoafetiva.

<sup>57</sup> Disponível em [http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=34017&janela=1](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=34017&janela=1). Acesso em: 22 mai. 2013.

<sup>58</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº457/08. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html). Acesso em: 22 mai. 2013.

<sup>59</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Portaria nº 233/10. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=456&cat=136&sec=9>. Acesso em: 22 mai. 2013.

<sup>60</sup> Entende-se por nome social aquele pelo qual o travesti e/ou transexual se identifica e são identificados pela sociedade.

<sup>61</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria nº 1.612/11. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=86>. Acesso em: 22 mai. 2013.

<sup>62</sup> MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria nº 513/10. Disponível em <http://www.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/21076>. Acesso em: 22 mai. 2013.

O Ministério da Saúde editou também a Portaria nº 1.353 de 13 de junho de 2011<sup>63</sup>, na qual aprova o regulamento técnico de procedimentos hemoterápico, em que consta em seu art.1º §5º que a orientação sexual de uma pessoa não pode ser usada com critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria. Está medida visa extirpar o preconceito que os homoafetivos carregaram por décadas, como sendo um grupo de alto risco na transmissão de doenças sexualmente transmissíveis como, por exemplo, a AIDS<sup>64</sup>, e por consequência esses indivíduos eram impedidos de serem doadores de sangue.

Após a análise destas instruções normativas e portarias ministeriais, podemos asseverar que mesmo antes da união homoafetiva ser reconhecida e os direitos de seus parceiros serem salvaguardado pelo STF, já havia normatizações dos órgãos do governo e também de autarquias não ligadas diretamente ao Estado, que visavam garantir o direito do homoafetivo de alguma forma, seja mediante a inclusão como dependente para a Receita Federal ou no plano de saúde, seja por meio da universalização pelo o SUS da cirurgia de transgenitalização ou ainda conferindo ao indivíduo a faculdade de ser tratado pelo seu nome social. Essas foram algumas medidas empregadas com o intuito de proteger os direitos dos cidadãos homoafetivos e garantir-lhes uma maior dignidade, haja vista que, antes da decisão do STF da ADI 4277 e ADPF 132 não havia qualquer tutela legislativa ou jurisdicional aos direitos desta minoritária.

A função principal, do Poder Legislativo em nosso país é regulamentar assunto de interesse coletivo, mediante criação de leis. No que concerne ao tema homoafetividade, não podemos asseverar que os legisladores foram omissos e não cumpriram seu papel. No tocante à criação de leis, os nossos congressistas desempenharam suas funções, apresentaram vários projetos de leis, cujo assunto é a homoafetividade. Contudo, nenhum desses projetos de leis, foi submetido à sessão plenária para discussão e ulterior votação.

Ante essa situação, na qual há vários projetos de leis e nenhuma aprovação, o questionamento imediato que se faz é o porquê disso. Há projetos de leis, entretanto, não há inclusão desses na pauta de votação. Uma das possíveis respostas é que a homoafetividade, ainda não é bem aceita por todos no Congresso Nacional, principalmente pelas bancadas

---

<sup>63</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.353/11 Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353\\_13\\_06\\_2011.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html). Acesso em: 22 mai. 2013.

<sup>64</sup>Disponível em [http://www.portaldasexualidade.com.br/Interna.aspx?id\\_conteudo=358&id\\_secao=125&id\\_item\\_secao=11](http://www.portaldasexualidade.com.br/Interna.aspx?id_conteudo=358&id_secao=125&id_item_secao=11). Acesso em: 07 jul. 2013.

religiosas, em especial, a evangélica e a católica. É o que se constatou com a manifestação de alguns deputados, contrários a decisão do STF acerca do reconhecimento da união homoafetiva.<sup>65</sup>

Após constatarmos que há inúmeros projetos de leis não se pode asseverar, que o nosso legislativo é omissor, quando o assunto é propor leis. Em relação ao assunto em tela, o legislativo não foi omissor, vários deputados e senadores apresentaram proposições para se regulamentar os direitos dos homoafetivos, inclusive há projetos de leis com autores distintos, mas com o mesmo conteúdo. O que mostra uma falha no Congresso Nacional, onde se permite apresentar vários projetos de leis com o mesmo conteúdo. Ao invés de votarem os projetos já existentes, os nobres deputados preferem “criar” novas propostas de leis, resultando em inúmeros projetos há anos tramitando, mas sem entrarem em nenhuma sessão para votação. Por esta ótica, podemos afirmar que não há uma omissão, mas sim um sistema falho no tocante à criação e à votação das leis.

Há vários motivos que impedem que estes projetos de leis sejam inseridos na pauta de votação, dentre eles a força política que a bancada religiosa exerce no Congresso. Mesmo o nosso país sendo laico, alguns deputados, da bancada evangélica, ainda invocam a bíblia para fundamentar suas escolhas, principalmente quando o assunto é a homoafetividade. O argumento mais usado é que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é um grande pecado e que a extensão dos direitos advindos de uniões heterossexuais às uniões homossexuais é uma afronta à moral e aos bons costumes da família brasileira.

Podemos aduzir que a religião e o medo que os congressistas têm de se indisporerem com seus eleitores mais conservadores são os dois maiores motivos que travam a aprovação de leis em prol dos cidadãos homoafetivos. Desta forma, enquanto política e religião continuarem a se misturar em nosso Congresso Nacional, vários assuntos relevantes à sociedade vão ficar à margem de proposições legislativas ou vão ficar engavetados, como é o caso dos projetos de leis acima apresentados.

O Poder Legislativo, sendo o representante direto do povo, deveria respeitar a nossa Constituição Federal, no tocante à igualdade para todos e também em relação à laicidade do Estado, se estas duas proposições fossem asseguradas pelo Congresso Nacional, talvez, alguns projetos de leis em favor do homoafetivo já teriam sido votados e quem sabe até aprovados.

---

<sup>65</sup> Disponível em [http://www.youtube.com/watch?v=pjpkbkJ\\_5Ck](http://www.youtube.com/watch?v=pjpkbkJ_5Ck), acesso em 20 mai. 2013.

#### **4. JULGAMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132: UMA NOVA PERSPECTIVA AO DIREITO BRASILEIRO**

Os cidadãos homoafetivos há anos lutam para terem seus direitos legislados e tutelados, todavia, até os dias hodiernos em nosso país não há uma legislação específica que assegure a esses indivíduos direitos basilares, garantidos a qualquer outro cidadão heterossexual.

Essa minoria depara-se diariamente com a inércia do nosso Poder Legislativo que não cria leis em prol da inclusão dessas pessoas, ante a quietude dos legisladores e com o intuito de terem seus direitos tutelados, outra saída não restou aos homoafetivos se não socorrer-se ao Poder Judiciário para tentar suprir esta ausência legislativa. A “alternativa” encontrada culminou na ADI 4277 e na ADPF 132.

Em 25 de fevereiro de 2008, o governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ante a inércia do legislativo federal acerca da omissão em relação à união homoafetiva, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132. Alegando que o não reconhecimento dessa união contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade), e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

A ação requeria que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. E que os mesmos direitos dados a casais heterossexuais fossem dados aos casais homoafetivos em relação a dispositivos do estatuto dos servidores públicos civis do estado do Rio de Janeiro, que tratam sobre concessão de licença, previdência e assistência (incisos II e V do artigo 19 e artigo 33 do Decreto-Lei 220/75).

Em 02 de julho de 2009 a vice-procuradora-geral da República, Deborah Duprat, então procuradora-geral da República em exercício, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277, com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir uma família.

A Procuradoria Geral da República sustentava que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar feria os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal; da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF); da vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF); da liberdade (artigo 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, *caput*).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perdeu parcialmente seu objeto e houve recebimento, da parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ocorrendo assim, julgamento conjunto entre as duas ações que tinham o mesmo objeto, qual seja, reconhecimento jurídico da união homoafetiva, por meio da “interpretação conforme a Constituição” do art. 1.723 do Código Civil.

Em 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

No decorrer deste capítulo, iremos abordar algumas correntes teóricas, a saber, o pragmatismo, a leitura moral e o minimalismo, abordando seus conceitos, suas características, suas contribuições, enfim seus aspectos mais relevantes, para então chegarmos ao cerne do presente capítulo, que é a análise dos votos dos Ministros do STF do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, demonstrando a presença destas correntes em algumas passagens dos votos.

#### **4.1 Escolas teóricas: correntes**

Partindo do pressuposto de que as teorias da argumentação jurídica possuem como elemento de reflexão as argumentações produzidas em contextos jurídicos, principalmente nos casos difíceis (ATIENZA, 2012), faz-se relevante acometermos as teorias jurídicas a seguir expostas, para melhor compreendermos as interpretações feitas pelos Ministros na decisão do caso difícil, objeto do estudo deste capítulo.

#### 4.1.1 Pragmatismo

O Direito hodiernamente visto e tido como uma ciência social necessita de uma filosófica jurídica que vá além de uma lógica – formal, e sim de uma filosofia jurídica mutável e que se adéque ao desenvolvimento constante da sociedade.

Ante essa necessidade, os julgadores brasileiros começaram a adequar a norma geral ao caso particular, passaram a confeccionar um processo de criação da norma individual. A partir de então, os juízes exerceram um papel mais ativo no que concerne à interpretação e adequação das normas à realidade de cada pleito. De maneira gradativa essa filosófica corrente, intitulada pragmatismo, ganhou adeptos em nosso país.

Para uma melhor compreensão acerca do pragmatismo como uma nova corrente presente nas decisões judiciais brasileiras, relevante fazermos, ainda que de forma breve, uma digressão em sua origem, em sua roupagem jurídica, até chegarmos ao cerne do presente capítulo.

##### 4.1.1.1 Origem do pragmatismo

O pragmatismo tem sua origem filosófica nos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, com Charles Peirce<sup>66</sup> e William James.<sup>67</sup> Pouco mais tarde surge a figura de John Dewey.<sup>68</sup> Em 1878, Peirce introduz o termo “pragmatismo”, pela primeira vez na filosofia, no artigo *How to Make Our Ideas Clear*. Sustenta que os efeitos práticos aptos a serem produzidos por um pensamento ou objeto são seu único significado (JAMES, 1997, p.127). Ulteriormente, o autor traz a público o princípio do pragmatismo, apresentando-o como um método, uma atitude de orientação voltada para as conseqüências práticas, podemos asseverar que os basilares do pensamento desse autor eram o racionalismo e o empirismo.

---

<sup>66</sup> Pierce é o pai do pragmatismo: foi ele quem lhe deu nome e trouxe à tona suas principais características, quais sejam: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo.

<sup>67</sup> A partir dos escritos de Pierce, desenvolveu enfaticamente a teoria pragmática e a apresentou ao mundo.

<sup>68</sup> Juntamente com James, foi responsável direto dos inúmeros desdobramentos do pragmatismo, bem como por ilustrar largamente as suas múltiplas formas de aplicação.

De acordo com William James, todos os indivíduos têm um conjunto de ideias formadas e adquiridas pela vivência e, a cada nova experiência, inicia-se um processo de adequação da nova realidade ao conjunto das antigas ideias. A etapa final desse processo consiste na concepção da ideia nova como uma verdade para o indivíduo que a vivencia. Daí o entendimento sustentado pelo autor de um processo de alargamento da verdade produzido em razão da experiência em contraposição aos sistemas fechados, formados de verdades absolutas e inquestionáveis. O autor demonstra também crítica em relação à superioridade pretendida pelos filósofos frente ao conhecimento do homem rude, para ele deve ser considerado verdadeiro aquilo que se mostra útil e adequado pela experiência.

Em relação à verdade, afirma:

O “verdadeiro” (...) é somente o expediente no processo de nosso pensamento. (...) O “absolutamente” verdadeiro, significando o que nenhuma experiência posterior jamais alterará, é aquele ponto difuso ideal para o qual imaginamos que todas as nossas verdades temporárias algum dia convergirão (...). Nesse meio tempo, temos de viver hoje com a verdade que podemos ter hoje, e estarmos prontos amanhã para tachá-la de falsidade (JAMES, 1997, p.127).

Sendo assim, o autor procura demonstrar que a verdade não é imutável, esta sofre alterações constantemente, a verdade não é verdade, ela torna-se verdade. Podemos constatar que o que outrora era tido como verdade absoluta, devido aos acontecimentos pode tornar-se uma verdade questionável ou ainda uma falácia.

John Dewey, contemporâneo de James William, teve formação acadêmica concentrada na filosofia, especialmente voltada à leitura de Hegel, aliada ao exercício da docência, fez com que despertasse nele interesse em relação a questões sociais e psicológicas, mais precisamente as educacionais, formuladas em termos lógicos.

Na sua obra *Lógica – teoria da investigação*, já no prefácio, ele define de forma clara sua ambição com a confecção do trabalho.

Espero que a palavra “pragmatismo” não apareça no texto. Possivelmente a palavra induza a falsas interpretações. Em todo caso, se tem acumulado

tantas incompreensões e tantas controvérsias relativamente ociosas em torno deste vocábulo que me tem parecido oportuno evitar seu emprego. Porém no sentido genuíno do “pragmático”, a saber, a função que incumbe as conseqüências como provas necessárias da validade das proposições, sempre que estas conseqüências se tenham alcançado operativamente e sejam tais que resolvam o problema específico que suscita as operações, o livro que segue é absolutamente pragmático. (DEWEY, 1974, p.72).

A preocupação central de Dewey era a construção de um processo de conhecimentos verdadeiros. Para o autor este processo era construído por meio das ideias como hipóteses, trabalhando a estrutura do padrão de investigação lógica. Aborda o processo de transformação de uma situação indeterminada em determinada, mediante a problematização da realidade abstrata, a partir da seleção e da observação dos fatos que constituem o caso, e, por fim, da antecipação dos resultados, sob a forma de hipótese.

#### 4.1.1.2 Pragmatismo jurídico

Para começarmos a debater a respeito do pragmatismo jurídico, relevante fazermos uma alusão a Richard Posner, um dos pioneiros dessa teoria, segundo o autor o pragmatismo está voltado às questões futuras, visando sempre garantir a melhor decisão a toda coletividade.

Defino-o para começar como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’ é. Portanto, olha para frente e valoriza a continuidade de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro (POSNER, 2009, p. 4).

O autor, assim como os pragmatistas clássicos, a saber: Pierce, James e Dewey, assevera que o pragmatismo jurídico deve ser anti-fundacionalista, consequencialista e contextualista. Se não vejamos; deve ser anti-fundacionalista na medida em que repugna a adoção de entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos para fundamentar e

explicar o direito.

Trata-se de uma permanente rejeição de quaisquer entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentes, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. Trata-se afinal, de negar que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável. O antifundacionalismo pragmatista se exerce também na recusa à idéia de certeza e aos tradicionais conceitos filosóficos de verdade e realidade; não se trata de negar a existência da verdade e da realidade, mas sim de submeter seus conceitos tradicionais a um novo método. (POGREBINSCHI, 2005, p. 26).

Consequencialista no tocante a que toda proposição deve ser testada por meio de antecipação de suas conseqüências e resultados possíveis.

Ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as conseqüências, o pragmatismo, ou ao menos o meu tipo de pragmatismo é empírico. Interessa-se pelos ‘fatos’ e, portanto, deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação. (PONSER, 2009, p. 5).

Por fim o contextualismo que sugere que qualquer proposição seja julgada a partir de suas conformidades humanas e sociais.

Ante as características do pragmatismo no direito, alguns adeptos a esta corrente vão além e defendem algumas características relevantes que os juízes devem ter para desempenhar bem sua função, a saber: praticidade, antidogmaticidade, empirismo, ceticismo, consequencialismo.

O caráter indisciplinado de nosso legislativo, juntamente com a complexidade de nossa sociedade e a heterogeneidade moral da população, impõem aos juízes uma responsabilidade de exercício criativo do direito que é impossível de se honrar através da aplicação literal das normas existentes ou do raciocínio analógico a partir de casos precedentes. (POSNER, 2009, p.

13).

Posner retrata um problema que ocorre na maioria dos Estados, um Poder Legislativo que não acompanha o desenvolvimento constante da sociedade, queda-se frente aos apelos sociais, e em consequência disso o Poder Judiciário vê-se de mãos atadas diante de pleitos “polêmicos” que não envolvem apenas o direito em si, mas também questões concernentes a política, religião, entre outros. Diante de uma omissão legislativa, o juiz pragmático teria mais ferramentas para decidir o caso concreto, vez que não estaria preso apenas a analogia, aos princípios gerais do direito ou a equidade. O juiz pragmático poderia analisar e julgar aplicando o consequencialismo e o contextualismo.

Benjamin Cardozo, grande defensor do pragmatismo, assevera que o juiz ao decidir um conflito deve agir da seguinte maneira.

Deve pôr na balança todos os ingredientes: sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso de direito, e tudo o mais; e, ajuntando um pouco aqui e tirando um pouco ali, o mais sabiamente que puder, determinará o peso que há de equilibrar a balança. (CARDOZO, 1978, p. 14).

O magistrado ao adotar o consequencialismo para decidir uma demanda, coloca o Direito como um instrumento social, destinado a fins sociais. Para tanto, as consequências consideradas devem ser sistemáticas e não meramente restritas ao caso concreto. Considera consequência sistemática aquela que atinge a toda comunidade, buscando o juiz, mesmo que de forma inconsciente, compatibilizar sua decisão com o mínimo de inquietação conforme o direito aceito pela sociedade.

A história convencional do direito narra de que modo as doutrinas jurídicas modernas evoluíram a partir das antigas, em vez de contar como as doutrinas jurídicas, em cada etapa da história, foram moldadas pelas necessidades da sociedade (...) (POSNER, 2009, p. 18).

Posner critica o pensamento formalista, o qual acredita que um caso complexo tenha uma única resposta. Para ele, os julgamentos de orientação social se apresentam como razoáveis ou não razoáveis, distanciando-se da concepção de uma decisão certa e uma errada, natural do tipo de investigação de que se vale o formalismo. O autor, em seu livro *Para além do Direito* faz uma crítica aos formalistas no tocante à forma como interpretavam o direito. Nesse sentido, podemos observar:

No final do século XIX, na Inglaterra, o pensamento jurídico era formalista: pensava-se que o direito, como a matemática, referia-se a relações entre conceitos, e não a relações entre estes e a realidade (...) Para o formalista jurídico, a questão em um litígio contratual envolvendo recompensa oferecida pela devolução de um bem perdido e reclamada por uma pessoa que encontrou o bem e que não sabia da oferta, não é saber se a imposição do direito à recompensa serviria a algum objetivo social a um custo aceitável; mas, sim, se a aceitação inconsciente de uma oferta é coerente com o conceito de contrato exigível judicialmente. (POSNER, 2009, p.1).

Os pragmatistas defendem o direito como um sistema aberto, ou seja, são favoráveis aos juízes usarem outros recursos além das normas, bem como, salientam as contribuições de outras disciplinas como a sociologia, psicologia e economia, a fim de fundamentar as decisões judiciais. O recurso a outras áreas do conhecimento apresenta-se como forma eficaz de manter o Judiciário mais próximo das demandas sociais.

Em seu artigo *Legal Scholarship Today*, Posner sustentou que a condição indispensável para o crescimento da interdisciplinaridade na área jurídica foi o enriquecimento de outras disciplinas, como a economia e a teoria política, enquanto meios potenciais de melhor compreender e aperfeiçoar o Direito (POSNER, 2002).

A respeito de casos “complexos” em que ainda não há normas positivadas, Posner, assevera que dependendo da “filiação” do julgador, poderão existir várias interpretações. Segundo o autor há a interpretação de “cima para baixa” na qual o magistrado inventa ou adota uma teoria específica ou geral do direito e a utiliza para fundamentar sua decisão. Existe ainda, a interpretação de “baixo para cima”, mesmo sem uma legislação especial para o fato, o julgador parte de uma lei já consagrada e utiliza a analogia, a interpretação, entre

outros, para se chegar a uma decisão.

Posner defende uma abordagem pragmática para solucionar casos não previstos em lei que transcende a abordagem de “cima para baixo” e de “baixo para cima”.

É fácil para os profissionais do direito e para intelectuais de todo o tipo, ridicularizar uma abordagem tão pragmática como esta (a qual, a propósito, transcende tanto o raciocínio de cima para baixo quando o de baixo para cima) ao prover fundamentos instintivos, em vez de analíticos, para as ações dos juízes. Podem ridicularizá-la por sua indefinição, sua subjetividade, seu relativismo, sua falta de fundamentos e seu caráter antidemocrático, a priori. Mas as outras opções são impaláveis (...) Ademais, a abordagem não precisa ser tão indefinida e indistinta quanto dei a entender. Certamente pode ser articulada. (POSNER, 2009, p. 205).

Os adeptos ao pragmatismo, em especial Posner, asseveram que o pragmatismo tem muito a contribuir com o mundo jurídico. Dentre eles é incentivar ao máximo o uso do empirismo, adaptar o juiz à realidade social, mostrar para todos, inclusive para os três Poderes, que o direito deve ser mutável para acompanhar a realidade social e se as normas não acompanharem a evolução da sociedade o juiz não deve ser ater as legislações para decidir um caso concreto, deve aplicar outros métodos, como o consequencialismo e o contextualismo.

O pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece “dever” em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos). (POSNER, 2010).

Em uma breve análise, podemos verificar as principais características, bem como, as principais contribuições dos defensores do pragmatismo no mundo jurídico. A seguir iremos tecer considerações acerca do pragmatismo no direito brasileiro.

#### 4.1.1.3 Pragmatismo jurídico no Brasil

No Brasil, podemos citar como representantes do pragmatismo jurídico Thamy Pogrebinsky (2005) e José Eisemberg<sup>69</sup>, que trazem em seus trabalhos sobre o assunto características do pragmatismo, tais como o antifundacionalismo, o instrumentalismo, o contextualismo e o consequencialismo. Características essas que já foram esmiuçadas anteriormente e não será objeto da presente abordagem.

De maneira não muito explícita, podemos verificar que em nosso ordenamento jurídico pátrio existem traços de pragmatismo, como podemos averiguar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 c/c a Lei nº 12.376/2010) art. 5º<sup>70</sup>. Podemos observar dispositivos normativos pátrios com traços do consequencialismo pragmático, como é o caso do artigo art. 27 da Lei nº 9.886/1999.<sup>71</sup>

Quando uma norma infraconstitucional encontra-se conflitante com a Lei Maior a Corte Suprema não pode desprezar os resultados práticos que essa inconstitucionalidade pode acarretar, o colegiado deve buscar a solução que melhor permita atingir os escopos constitucionais, ou, em suma, os anseios sociais nela ensejados.

Outros dispositivos disciplinam o agir jurisdicional, permitindo ao julgador aferir aspectos não exclusivamente jurídicos para fundamentar sua decisão. Como exemplo, podemos citar o a Lei nº 11.418/2006 que incluiu o art. 543 – A ao Código de Processo Civil Brasileiro.<sup>72</sup>

Questões metajurídicas (de ordem econômica, social ou política), entretanto

---

<sup>69</sup>EISENBERG, José. **Para que serve o pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://cedes.iuperj.br/pdf/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>70</sup> “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>71</sup> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>72</sup> O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

indissociáveis da vida em sociedade, permitem que o Supremo Tribunal Federal promova a análise da demanda que lhe tenha sido dirigida, podendo, dela não conhecer se entender por não só para o indivíduo do pleito, mas principalmente a toda sociedade. Ainda no século XX o doutrinador Carlos Maximiliano asseverou:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolue a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes e imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às consequências de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral à comunidade. (MAXIMILIANO, 1984, p. 158).

Ainda sobre a discricionariedade do julgador a Lei nº 8.437/1992 autoriza ao presidente do STF decretar a suspensão de tutelas de urgência concedidas em face do Poder Público, não apenas por motivos de ordem jurídica, mas por questões de relevante interesse coletivo.<sup>73</sup>

Como podemos constatar, em nosso ordenamento jurídico há dispositivos que se observados hermeneuticamente possuem traços do pragmatismo. Há julgadores, que mesmo inconscientes, aplicam o consequencialismo e o contextualismo pragmático.

Ao ponderar, em uma visão pragmática, a equiparação da união homoafetiva a união estável, pode-se aduzir:

Nem o Estado nem a opinião pública devem procurar reprimir atos “autorreferenciados”, isto é, atos que não causem dano palpável aos outros indivíduos. (...) O princípio de Pareto, que define como mudança eficiente aquela que melhora a situação de pelo o menos uma pessoa sem piorar a de

<sup>73</sup> Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

ninguém; ou, em outras palavras, uma mudança que não cause danos. (...). A coisa torna-se insolúvel quando o que as pessoas desejam é negar aos outros alguma forma de liberdade, de modo que o exercício dessa liberdade, embora “autorreferenciado”, passa a causar dano aos outros. (PONSER, 2009, p. 25).

O pragmatismo jurídico ainda é uma corrente que traz discordância de opiniões acerca do seu emprego nas fundamentações dos julgadores brasileiros. Os contrários a essa corrente asseveram que se dois magistrados filiados ao pragmatismo decidirem o mesmo caso, pode haver a possibilidade de ter duas decisões diferentes e até mesmo antagônicas, haja vista que, os dois podem fazer uma antevisão da consequência da decisão distinta uma da outra.

Apesar de não ser uma corrente com unanimidade de aprovação no mundo jurídico, podemos afirmar que há o emprego dessa teoria, como iremos constatar no final deste capítulo, com a análise dos votos de alguns Ministros do STF. Dessa forma, o mais coerente seria uma ampla divulgação e estudo dessa corrente, para torná-la mais conhecida no mundo jurídico e que os nossos julgadores ao empregá-la usem-na da melhor maneira e sem constrangimento.

#### *4.1.2 Leitura Moral*

Diversamente do que ocorria outrora na interpretação das normas jurídicas constitucionais, as quais eram, em sua maioria, aplicadas sob influências positivistas, hodiernamente a interpretação, principalmente dos princípios constitucionais, possui uma elevada carga moral, sendo pautada no fato, no valor, em uma visão sistêmica e tem como finalidade um ideal de justiça.

A leitura moral criada e defendida por Ronald Dworkin tem como escopo interpretar a constituição preservando e garantindo os valores morais de determinada sociedade nas decisões judiciais.

A leitura moral propõe que nós todos – juízes, advogados, cidadãos interpretemos e apliquemos essas normas abstratas segundo o entendimento

de que elas invocam princípios morais acerca da decência política e da justiça. (DWORKIN, 2009, p. 2).

Dworkin assevera que os princípios constitucionais são princípios morais que devem ser efetivados mediante um juízo moral, dessa feita; “A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”. (DWORKIN, 2009, p. 2).

Nos julgamentos de casos mais difíceis os juristas devem valer-se da interpretação de acordo com a leitura moral, e dessa forma apontar quais são os princípios políticos e morais que melhor se adéquam ao caso concreto, fazendo assim, uma interpretação e ulteriormente uma decisão axiológica da Constituição.

Há pesquisadores, como por exemplo, o jurista Cass Sunstein (1999), que não aprovam à aplicação da leitura moral na Constituição sob a alegação que se for facultado ao Judiciário fazer essa interpretação/valoração, os juízes passam a ter poderes absolutos de impor suas convicções morais à coletividade, mesmo que essa não seja a posição/opinião da maioria, podendo ser considerado, em caso extremo, uma ditadura do judiciário.

Relevante esclarecer que na leitura moral o julgador não faz uma interpretação constitucional fundamentada somente em suas percepções ou conhecimentos, há uma linha de raciocínio lógica a ser seguida. A história e a integridade são elementos nos quais os intérpretes devem respeitar, para que não haja uma interpretação arbitrária. Nas linhas a seguir, de forma sucinta, iremos apresentar a relevância de cada um desses pontos para se ter uma leitura moral coerente.

Dworkin em sua explicação e defesa à aplicação da leitura moral elenca a história como um dos fatores relevantes, que deve ser empregada quando da utilização da interpretação moral, pois somente por meio da história é que o intérprete poderá descobrir qual a situação política, econômica, cultural e social que o legislador/constituente vivia para editar determinada norma.

Sendo assim, quando o intérprete constitucional depara-se com um caso difícil e a aplicação de uma determinada norma, este deve fazer uma interpretação que abarque o que o legislador quis dizer à época e o caso concreto atual. Talvez, quando o constituinte editou as normas, esse não tivesse pensado/presenciado determinado caso, entretanto com o passar dos anos e as mudanças sociais, o interprete deve fazer uma adequação entre o passado e o

presente para se chegar a uma melhor interpretação da norma jurídica.

Trata-se de uma questão de interpretação ou, se preferir, de tradução. Temos de procurar encontrar uma linguagem nossa que capte da melhor maneira possível e em termos que nos pareçam claros o conteúdo do que os “autores” quiseram dizer. (DWORKIN, 2009, p. 12).

Ao lado da história a integridade é outro ponto importante para se aplicar a leitura moral. Os juízes (intérpretes da Constituição) não podem interpretar os princípios baseados apenas em suas convicções e crenças. As interpretações particulares não podem ter uma grande discrepância com as interpretações do passado e também com a linha estrutural da Constituição. Os julgadores devem respeitar esses dois quesitos para realizar uma interpretação constitucional coerente.

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções (...). Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (DWORKIN, 2009, p. 15).

Os contrários à leitura moral asseveram ainda, que o julgador pode fingir respeitar a história e também a integridade, quando se interpreta um princípio constitucional, contudo eles podem não obedecer esta “regra” de interpretação. Para esta assertiva Dworkin afirma:

É claro que os juízes podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la. Mas o fato é que os generais, presidentes sacerdotes também podem abusar de seu poder. A leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais que isso. (...) Estão errados também os críticos que afirmam que a leitura moral transforma os juízes em reis-filósofos. Nossa Constituição é uma lei e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade. (DWORKIN, 2009, p. 16-17).

Os não adeptos à leitura moral afirmam também que esse tipo de interpretação da

Constituição não respeita o ideal de comunidade/fraternidade, por consequência a democracia, tendo em vista que quando os juízes interpretam os princípios constitucionais e passam a fundamentar suas deliberações de acordo com esta interpretação, cria-se a sensação que a comunidade está à margem dessas decisões. Defendem que o correto seria uma revisão normativa apreciada pelo Poder Legislativo e não por uma elite do judiciário que não representa o povo.

Os comunitaristas afirmam com insistência que esse objetivo (democracia deliberativa) é posto em risco pela revisão judicial das normas, especialmente quando esta revisão é tão extensa quanto a leitura moral quer que ela seja. Mas os mesmos comunitaristas baseiam-se para tanto em um pressuposto duvidoso, embora quase nunca seja questionado: a idéia de que a discussão pública da justiça constitucional ganha em qualidade e as pessoas ficam mais mobilizadas para o debate deliberativo quando estas questões não são decididas pelos tribunais judiciais, mas sim pelo legislativo. (DWORKIN, 2009, p. 46).

Os críticos à leitura moral, como os elencados acima, partem do pressuposto de que a democracia é a vontade da maioria, entretanto esquecem que a democracia é de fato a vontade da maioria, mas respeitando sempre os anseios de uma minoria, que futuramente, com a ajuda dos interpretes da Constituição, podem vir a ter uma participação ativa dentro da sociedade.

A leitura moral de uma Constituição é democrática e às vezes até indispensável para garantir a democracia, tendo em vista que a nossa Lei Maior possui vários princípios abstratos (como a igualdade e liberdade) e para proteger os indivíduos que compõe uma maioria e também os indivíduos que compõe uma minoria deve-se fazer uma interpretação moral quando da efetivação destes princípios.

O Poder Judiciário em nosso país não detém mais poder que os demais (Legislativo e Executivo) e também não irá ganhar mais poderes com a aplicação da leitura moral. O que ocorre é que no sistema brasileiro ficou ao encargo do Poder Judiciário apreciar e revisar as normas jurídicas, podendo interpretá-las de acordo com a leitura moral.

A leitura moral é compatível com todas essas soluções institucionais ao problema as condições democráticas. Ela é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou “lidos” – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o

que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante- de uma teoria geral da prática constitucional. (DWORKIN, 2009, p. 52).

Nos dias hodiernos a leitura moral é quase imprescindível para a garantia da justiça, os intérpretes vão buscar com a ajuda da técnica de interpretação, o real significado das normas e ulteriormente fazer uma ponderação para aplicar ao caso concreto.

É por meio da leitura moral que defende uma interpretação que respeite as diretrizes axiológicas, políticas e morais de uma Constituição, que vamos ter uma inclusão da parcela da sociedade que ainda encontra-se excluída, que de certa forma são considerados “subcidadãos”, pois ainda não possuem direitos basilares. Com a leitura moral os princípios constitucionais, principalmente o da igualdade e o da liberdade, terão uma maior efetividade, sobretudo no que concerne às minorias, como no caso em tela a dos homoafetivos, como analisaremos no decorrer deste capítulo.

#### *4.1.3 Minimalismo*

O Poder Judiciário, nos dias atuais, tem assumido um papel proativo na sociedade, garantindo e assegurando direitos que o Poder Legislativo ainda não incumbiu de legislar, entretanto, esta interferência significativa nas opções políticas dos demais poderes nem sempre é vista com bons olhos.

Na contramão do ativismo judicial está a corrente do minimalismo, na qual o julgador abstém-se de decidir casos polêmicos que ainda não foram legislados, por vários motivos, dentre eles porque prezam por uma democracia deliberativa, entendendo que a decisão (criação de leis) sobre temas controversos deve ter a participação popular, acreditam que os magistrados não são especialistas em todos os assuntos, devendo deixar ao encargo de quem é posicionar-se sobre o assunto, evitando assim, erros futuros.

Nas linhas a seguir iremos de maneira abreviada fazermos algumas considerações acerca do minimalismo e ulteriormente analisarmos a decisão da ADI 4277 e ADPF 132,

expondo em alguns votos traços do minimalismo.

O precursor do “minimalismo judicial” foi o jurista norte-americano Cass Sunstein, o qual aduziu que a base fundamental desta teoria era o respeito ao processo democrático, pois acreditava que o debate político era o melhor caminho para as decisões de casos complexos.

O autor defende uma democracia deliberativa, a saber, uma democracia que promova uma responsabilidade política, que permita a participação de todos os cidadãos na tomada de decisões, bem como, que cada poder atenha-se à sua competência, como por exemplo; questões concernentes a natureza política deve limitar-se a esfera política, ou seja, o Poder Legislativo elabora as leis, esta atribuição é exclusiva dos legisladores, não cabendo ao Executivo e ao Judiciário desempenharem essa função.

Existe uma relação entre o minimalismo judicial e deliberação democrática. É claro que as decisões minimalismo aumentam o espaço para reflexão e debate no local, estadual e nacional, simplesmente porque eles não encerram decisões posteriores. E se o Tribunal quer promover mais democracia e mais deliberação, certa forma de minimalismo irá ajudá-lo a fazê-lo. Se, por exemplo, o Tribunal diz que a proibição de fala “indecente” é, portanto, inconstitucional, simplesmente porque é vago, o Tribunal, em um sentido promove os processos democráticos, exigindo o Congresso a legislar com especificidade. Ou se os tribunais dizem que qualquer discriminação contra homossexuais deve ser justificada de alguma maneira, irá promover deliberação política, garantindo que a lei não é simplesmente um produto de ódio irracional ou desprezo. (SUNSTEIN, 1999, p. 4).

A partir de decisões cautelosas, os juízes minimalistas, abrem espaço para que os órgãos deliberativos possam traçar seu próprio curso. Segundo Sunstein (1999), é possível distinguir três espécies de resultados que uma decisão judicial pode alcançar, a saber: a) “democracy-promoting”, em que a Corte determina que julgamento deliberativo seja feito por órgãos democráticos; b) “democracy-foreclosing” em que certas práticas fora dos limites da política são regulamentadas pelo Judiciário; c) “democracy-permitting” em que a Corte apenas valida o que o processo político produziu. Dessas espécies, aquelas que promovem deliberações democráticas são as que mais se aproximam da teoria minimalista. Sunstein ilustra como a decisão minimalista pode promover a democracia.

1. Um tribunal pode revogar leis vagas precisamente porque garantir que os

funcionários do Poder Executivo, em vez de representantes eleitos, irão determinar o conteúdo da lei.

2 .Um tribunal pode usar a doutrina da não delegação e exigir que o legislativo legisle, em vez de decisões do executivo sobre determinadas questões.

3 .Um tribunal pode interpretar estatutos ambíguos, de modo a mantê-los longe do terreno da dúvida constitucional, na teoria de que os juízos constitucionalmente problemáticos, a ser confirmado, deve ser feito por órgãos politicamente responsáveis, e não por burocratas e administradores. Esta idéia "clara declaração" é a versão pós-New Deal da doutrina da não delegação, mostra que a doutrina não está realmente morta, mas é usada de uma forma mais modesta e específicas para assegurar que determinadas decisões sejam feitas pelo Congresso, em vez de serem feitas pelo executivo.

4. Um tribunal pode invocar a doutrina de desuso, que proíbe o uso de leis antigas e falta de apoio público atual, para exigir nova forma de prestação de contas e deliberação.

5. Um tribunal pode exigir que a discriminação seja justificada por referência a propósitos reais, em vez de hipotética, deixando assim em aberto a questão de justificativas

6 Um tribunal pode tentar assegurar que todas as decisões sejam suportadas por parcerias públicas, justificativas ao invés de poder e auto-interesse, que poderia, desta forma ser feita através do sistema de razão. (SUNSTEIN, 1999, p. 27).

Desta forma, podemos aduzir que o magistrado possui um papel importante dentro de um sistema democrático, “decisões fundamentais são mais bem tomadas, de modo democrático, e não judicialmente” (SUNSTEIN, 1998, p. 8). A função do Poder Judiciário é avaliar o continuo desenvolvimento do processo democrático, tendo a ciência que o debate público e a participação de todos são o melhor caminho para a preservação da democracia.

Pode-se justificar o uso da teoria minimalista por vários aspectos, dentre eles: os juízes por mais preparados que estejam não são capazes de conhecer todas as teorias sobre todos os assuntos, desta feita, os magistrados carecem de conhecimentos específicos para analisar e ulteriormente julgar casos complexos.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é a escassez de tempo que um juiz tem para analisar um caso que abarque grande divergência social. Sabe-se que hodiernamente, há um grande volume de processos e poucos juízes para julgá-los, o que torna inviável que um juiz dispense uma carga horária elevada para decidir apenas um caso.

Há ainda as influências sociais, os juízes quando estão julgando casos que têm grande repercussão social, sofrem (mesmo muitos juízes afirmando o contrário) influências externas. Essas influências podem interferir diretamente no julgamento, não caracterizando assim, os

anseios da sociedade, ou pelo o menos de sua maioria. Estes são alguns argumentos pragmáticos traçados pelo autor para justificar a aplicação da teoria minimalista.

No que concernem as características de uma decisão minimalista podemos afirmar que ela abstém de aprofundar ou até mesmo tocar em assuntos controversos, é o que denominamos de um uso “construtivo do silêncio” (SUNSTEIN, 1998, p. 3-27), no qual o julgador abre mão de analisar determinado aspecto a fim de que este seja analisado no âmbito político.

Outras características da decisão minimalista é que ela decide apenas o que for necessário para a solução da lide, não decidindo de forma ampla para que possa ser usada como precedente em outros casos. Esta porque elabora decisões cujo fundamento teórico é incompleto, permitindo assim, que indivíduos que litiguem em questões controversas, possam chegar a um acordo no caso concreto.

Ao apontar para superficialidade em vez de profundidade, no entanto, vou estar enfatizando algo diferente: a possibilidade de decisões concretas sobre casos particulares, desacompanhados de contas abstratas sobre o que conta para esses julgamentos. Os resultados concretos são apoiados não por teorias abstratas, mas pelo raciocínio ambicioso em que as pessoas podem convergir de fundações diversas, ou com a incerteza sobre bases apropriadas. É claro que muitos debates filosóficos, incluindo aquelas sobre a lei, operar em um alto nível de abstração, mas os combatentes muitas vezes pode ser posto em acordo quando são levantadas questões concretas sobre a lei apropriada (...) (SUNSTEIN, 1999, p. 40).

Outro ponto que merece destaque acerca do minimalismo é que uma decisão minimalista reduz as chances de erros futuro, haja vista que uma decisão ampla hoje pode ser considerada equivocada futuramente. Decidindo caso a caso a probabilidade do juiz acertar e não propagar um precedente erroneo é maior. Sunstein assevera “uma abordagem mais lenta e evolutiva, envolvendo o crescimento de julgamentos caso a caso, poderia produzir, em média, menos erros, já que cada decisão seria apropriadamente informada por uma compreensão dos fatos particulares” (SUNSTEIN, 1999, p. 49).

Há os que são contra a aplicação de uma decisão minimalista, como é o caso do jurista Ronald Dworkin (2009), pois afirmam que quando o magistrado opta por não decidir determinado assunto, entendendo que a melhor solução seria um processo político, com o

escopo de garantir a democracia, este julgador, pode em alguns momentos deixar de garantir direitos fundamentais de algumas minorias, haja vista a inércia do Poder Legislativo para legislar sobre determinados assuntos. Os anti-minimalistas defendem uma atitude mais impositiva do juiz, com o intuito de elaborar decisões claras, amplas e que sirvam de precedente, a fim de suprir a omissão dos outros Poderes.

O juiz minimalista não tem como predicação ser liberal ou conservador, podendo seguir qualquer uma das duas ideologias e mesmo assim ser um minimalista. O que caracteriza um magistrado minimalista é a forma como ele decide determinado caso, se ele adota uma postura mais ponderada, tentando resolver apenas o caso concreto, não abordando debates amplos e profundos sobre temas complexos que lhe demandaria um conhecimento específico e lhe exigiria um tempo maior para o julgamento. (SUNSTEIN, 2005, p. 29).

Antes de abordarmos a posição dos magistrados brasileiros, temos que entender o papel central que os tribunais ultimamente desempenham na sociedade, principalmente o Supremo Tribunal Federal. Os Ministros do STF exercem o controle de constitucionalidade, ou seja, eles verificam se determinado ato (lei, decreto, etc) estão em conformidade com a Constituição Federal, por meio da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e também da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

De um lado a experiência norte-americana, com a preferência por um modelo difuso, no qual todos os membros do Poder Judiciário são instados a analisar, em cada caso concreto, a constitucionalidade das normas aplicadas. De outro, a doutrina derivada da Áustria com a idéia da criação de uma Corte com a prescípua competência de apreciar a legitimidade constitucional dos provimentos estatais. O Brasil, conquanto, e note uma tendência pelo recrudescimento do sistema abstrato e concentrado, consagra um modelo complexo, no qual é admitida tanto a idéia do controle difuso, por todos os membros do Poder Judiciário, como a via concentrada, exercida pelo Pretório Excelso (normas estaduais e federais) e pelos Tribunais Estaduais (normas municipais) (MENDES, 2009, p. 998).

Além de exercer esse controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também é a última instância jurídica para decisões que versem sobre direitos fundamentais e que tenham repercussão geral, isto ocorre por meio do recurso extraordinário.

Seja julgando as ADI, ADC, ADPF e/ou recurso extraordinário os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm como cerne de suas decisões o direito fundamental. Desta feita, partindo do pressuposto que o STF é o guardião da Constituição Federal e o garantidor dos direitos fundamentais é difícil imaginar decisões minimalistas desses julgadores, entretanto não é impossível.

O Supremo Tribunal Federal pode adotar decisões minimalistas, com o escopo de promover a democracia e permitir que outros agentes também participem de decisões relevantes para a sociedade.

Sendo assim, o STF pode adotar, em sede de controle abstrato, uma forma minimalista, os Ministros ao se depararem com uma omissão inconstitucional, ao invés de decidirem de maneira ampla criando precedentes para demais casos, o Tribunal pode abster-se de regulamentar a questão e apenas decretar a mora do Poder Legislativo.

Contudo, sabemos que decisões minimalistas não são muito corriqueiras em nosso Poder Judiciário, ao contrário, cada vez mais, nos deparamos com juízes, desembargadores e Ministros exercendo poderes que a eles não competem, como “legislar” acerca de alguns temas que o Poder Legislativo ainda não legislou. Podemos ilustrar esta interferência de poderes, com a decisão do mandado de injunção sobre o exercício do direito de greve dos servidores públicos, na qual os Ministros diante da inércia do legislativo acharam apropriado regulamentar a situação.

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1.

(...) 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. (...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.<sup>74</sup>

Podemos asseverar que, na maioria dos casos o ativismo judicial não é muito utilizado na corrente minimalista, contudo ambos não são excludentes. No ativismo jurídico há uma participação mais ampla do judiciário no tocante à concretização dos valores e fins constitucionais. Em nosso país, não é difícil nos depararmos com esta postura do judiciário, haja vista que esse modo adotado pelos juízes tem relação direta com a retração do Poder Legislativo e também certo distanciamento entre a sociedade e a classe política, impedindo com que esta veja os anseios sociais e atenda-os.

O minimalismo é uma das várias técnicas que o julgador pode adotar, contudo, caso o escopo imediato do tribunal seja assegurar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais, uma decisão minimalista não é a mais indicada. Uma postura mais incisiva dos Ministros seria a mais recomendada por meio da declaração de nulidade sem redução de texto ou ainda a interpretação conforme a Constituição.

O minimalismo defendido por Sunstein encontra algumas objeções em sua recepção do direito brasileiro, devido principalmente a estrutura institucional de nosso país. Uma solução plausível para uma maior adoção do minimalismo pelos julgadores brasileiros seria a existência de um diálogo institucional<sup>75</sup> o qual ainda está em uma fase embrionária no Brasil.

<sup>74</sup> STF- Pleno, MI nº 20/DF, Rel Ministro Celso de Melo, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, pp.45.690.

<sup>75</sup> Na visão de Conrado Hübner Mende: “Diálogo institucional” é uma expressão que remete a uma certa forma de enxergar o processo constitucional. Nós nos acostumamos a pensar a separação de poderes como uma divisão de funções que culmina, em último grau, na decisão do guardião da constituição, a corte constitucional. O circuito decisório, portanto, teria um ponto final, uma última palavra. O controle de constitucionalidade teve e continua a ter sua legitimidade democrática questionada nesses termos, pois um órgão não-eleito prevaleceria sobre o parlamento, fórum que possuiria um pedigree democrático mais evidente. O debate teórico que se preocupa com a pergunta de quem deve ter a última palavra está preso, portanto, a uma camisa-de-força binária: alguns defendem que a última palavra deveria ser da corte (e as justificativas dessa posição variam), outros defendem que deveria ser do parlamento (a instituição democrática por excelência, conforme um certo consenso histórico que impregnou nossa forma de entender a democracia). Ou um, ou outro. Estaríamos condenados a escolher. O ônus de cada uma dessas posições é bastante pesado, afinal têm que justificar nada mais nada menos do que o direito à última palavra (o que, dada a falibilidade das instituições, corresponderia ao “direito de errar por último”). (...) O diálogo institucional relembra que, independentemente de qual instituição tenha a última

O minimalismo talvez seja uma ferramenta eficaz para promover esse diálogo entre os Poderes, mantendo a democracia e garantindo a aplicação dos direitos fundamentais.

Conforme analisamos o minimalismo é uma técnica que está à disposição dos julgadores, contudo, antes de empregá-la nas fundamentações, relevante fazer uma análise acerca do caso concreto e de sua finalidade, se o intuito é promover a democracia, por meio de debates ou garantir de forma imediata a aplicação dos direitos fundamentais. Para cada escopo há uma técnica jurídica que melhor se adéqua.

#### **4.2 Análise argumentativa dos votos da ADI 4277 e ADPF 132**

Nas próximas linhas iremos analisar, não de maneira exaustiva, algumas passagens dos votos dos Ministros na decisão da ADI 4277 e ADPF 132 sob a ótica das correntes teóricas acima explanadas.

##### *4.2.1 Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com Constituição Federal*

Nos dias hodiernos sob a ótica do Poder Judiciário a família é considerada o alicerce da sociedade, e o casamento não é mais, o único meio de se constituir uma família. De acordo com o nosso Código Civil a família também pode ser instituída por meio da união estável ou ser formada por apenas um ascendente (pai ou mãe) e sua prole, sendo intitulada por família monoparental.

Sobre a união estável o artigo 1723 do Código Civil prescreve:

---

palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda. Num exemplo concreto: o STF, conforme o desenho da constituição brasileira, tem a última palavra na interpretação da constituição; entretanto, mesmo depois da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, nada impede que o parlamento responda, reaja, desafie a posição do STF". In <http://www.sbdp.org.br>

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.

Sabemos que atualmente não podemos considerar apenas o casamento, a união estável e a família monoparental (art 226 §4º) como entidades familiar que merecem tutela. Hoje há em nossa sociedade, vários outros desenhos familiares que fazem jus ao mesmo respeito e a mesma proteção jurídica, como por exemplo; a família homoafetiva.

A família homoafetiva é aquela formada por duas pessoas com o mesmo sexo, que vivem juntas, de forma contínua, duradoura, unidas pelo afeto mútuo.

Baseado nesse novo conceito de entidade familiar e também na realidade contemporânea brasileira, que foi interposta a ADI 4277 e ADPF 132 junto ao Supremo Tribunal Federal com o intuito de que fosse reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a a união estável entre pessoas de sexos distintos, tendo os mesmos requisitos para seu reconhecimento e sendo-lhes assegurados os mesmos direitos.

Na Ementa da ADI 4277 em relação à interpretação conforme a Constituição e de acordo com o art. 1.723 do Código Civil prescreveu:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>76</sup>

Os Ministros, em relação ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, assim pontuaram:

Por outra volta, o acionante postula a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Desde que, tanto numa quanto noutra tipologia de união sexual, tome corpo uma

---

<sup>76</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10 mai. 2013.

convivência tão contínua quanto pública e nitidamente direcionada para a formação de uma autônoma unidade doméstica (ou entidade familiar, se se preferir). Pelo que é de incidir para qualquer das duas modalidades de união o disposto no Art. 1.723 do Código Civil.<sup>77</sup> (Ministro Ayres Britto)

Nessa passagem do voto do relator, pode-se inferir que ele interpretou o art. 1.723 do Código Civil principalmente pelo princípio constitucional da igualdade, vez que afirma que o intérprete e o legislador não podem tratar de maneira distinta pessoas em situação iguais.

No mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio equipara a união homoafetiva à união estável entre pessoas de sexos distintos, interpretando o art 1.723 de acordo com os princípios constitucionais.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado.

(...)

Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhece direitos a grupos minoritários.<sup>78</sup>

No mesmo diapasão assevera a ministra Carmen Lúcia:

Põe-se em questão o que preceitua o art. 1723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos: O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que

---

<sup>77</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10 mai. 2013.

<sup>78</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10 mai. 2013.

compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação. Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

(...)

Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da Constituição se contém. Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema. Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil.<sup>79</sup>

Já o Ministro Cezar Peluso não faz uma interpretação sistêmica, como os demais, ele defende que há uma lacuna normativa que deve ser preenchida por meio da analogia.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas.<sup>80</sup>

Alguns Ministros reconheceram juridicamente a união homoafetiva interpretando o

<sup>79</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10 mai. 2013.

<sup>80</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de

art. 1.723 de forma sistêmica, superando a literalidade. Outros entenderam que o que havia era uma lacuna normativa e esta deveria ser preenchida por meio da analogia.

Cada Ministro interpretou o art 1.723 de forma particular, mas todos por unanimidade reconheceram que não há óbice jurídico para a equiparação da união homoafetiva à união estável. Os Ministros nesse julgamento tinham ciência que era obrigação daquela Corte garantir direitos a cidadãos que sempre estiveram à margem da sociedade brasileira.

#### *4.2.2 Decisão pragmatista*

Ao mencionar o preconceito, como um mal arraigado à sociedade, o Ministro Ayres Brito mostra-se preocupado com as consequências sociais que a disseminação desta “cultura” possa vir a trazer à coletividade. Pode-se, nesta passagem, notar traços do consequencialismo pragmático.

Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas.<sup>81</sup> (Ministro Ayres Britto)

Na passagem a seguir o Ministro indica traços do contextualismo pragmático, na medida em que, analisa o caso a partir das necessidades reais, de pessoas reais, a saber, os cidadãos homoafetivos.

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (Ministro Ayres Britto)

Os defensores do pragmatismo, como já mencionado, advogam que o direito deve ser um sistema jurídico aberto, ou seja, asseveram que os julgadores no momento da decisão não devem recorrer apenas ao direito para fundamentar sua decisão, deve valer-se também de outras disciplinas. Um exemplo dessa interdisciplinaridade é a filosofia pragmática que tem o escopo de aproximar o pensamento filosófico aos problemas práticos enfrentados pelo homem diariamente.

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.<sup>82</sup> (Ministro Ayres Britto)

Com a passagem supra, podemos verificar que ao fundamentar sua decisão, o Ministro Ayres Britto, não se ateve apenas às legislações pátrias, ele foi além, adotou um sistema aberto, empregando a interdisciplinaridade, citando passagens filosóficas, e autores da filosofia, como por exemplo, Hegel. Analisando esse trecho, podemos asseverar que há traços do pragmatismo na decisão do Relator.

A Ministra Carmen Lúcia repudia qualquer forma de preconceito e aduz, em uma visão pragmática, que os julgadores devem portar-se de maneira prática, empírica, cética e consequencialista na hora de decidir um caso concreto, principalmente nos que envolvem preconceitos.

---

<sup>82</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.<sup>83</sup>

Percebe-se traços pragmáticos, no tocante a adequação do direito para suprir as necessidades sociais, se adequar as mudanças ocorridas. O direito não pode moldar as vidas dos indivíduos, mas sim os indivíduos devem moldar o direito de acordo com seus anseios e suas expectativas sociais.

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.<sup>84</sup> (Ministra Cármen Lúcia)

O direito deve adequar-se as mudanças ocorridas na sociedade, se hodiernamente em nosso país as uniões homoafetivas são uma realidade, em uma posição pragmática, o direito jamais pode silenciar-se frente a esse novo conceito de família, e sim, tutelá-la, como sugere o contextualismo pragmático.

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.<sup>85</sup> (Ministra Carmen Lúcia)

A Ministra Carmen Lúcia apresenta em seu voto traços do pragmatismo, na medida em que se mostra preocupada com as reações de intolerância e preconceito as quais os

---

<sup>83</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>84</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>85</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

cidadãos que optam por assumirem sua união homoafetiva têm enfrentado. Ela aduz que o direito tem que acompanhar as mudanças sociais, efetivando os princípios consagrados em nossa Lei Maior e assim, tutelar os direitos das minorias, no caso em tela, dos cidadãos homoafetivos.

O pragmatismo, como discorre o Ministro Marco Aurélio, vê o direito como uma ciência voltada para frente, ou seja, assevera que os intérpretes do direito devam mencionar o passado, mas apenas como um parâmetro de evolução, jamais reverenciando esse passado e querendo que a sociedade se adéqüe a ele.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (...) Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.<sup>86</sup>

Como leciona Posner, grande defensor do pragmatismo jurídico, a morosidade do Poder Legislativo em criar leis específicas para assuntos “complexos”, adicionado a heterogeneidade moral de uma sociedade, faz com que os magistrados se posicionem frente ao caso concreto de maneira criativa e até mesmo ativista, tendo em vista que é muito difícil julgar determinados casos aplicando somente as normas existentes.

---

<sup>86</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.<sup>87</sup> (Ministro Marco Aurélio)

Nesta passagem o ilustre Ministro Marco Aurélio, adota o contextualismo do pragmatismo, haja vista que assevera que o Direito tem a obrigação de acompanhar a progresso social e se adequar a ela. Ele faz alusão ao passado, não como forma de exaltação, e sim como ponto de partida. O que outrora era tido como inovação do Direito, hoje soa como preconceito, sendo assim, o Direito tem a obrigação de ser mutável e se adequar as necessidades iminentes de uma sociedade.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à baila o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.<sup>88</sup>

A partir da análise de trecho dos votos de alguns Ministros, verificamos que há traços do pragmatismo jurídico em suas fundamentações. Constatamos a presença, talvez não de forma conscientes destes Ministros, do contextualismo, do consequencialismo, da adoção do Direito como sistema jurídico aberto e do emprego de outras ciências para ajudar o direito na decisão de casos “complexos”, entre outras características pragmáticas.

#### 4.2.3 *Decisão leitura moral*

<sup>87</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>88</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

Compulsando os votos dos Ministros, podemos verificar, em algumas passagens, argumentos que se adéquam à leitura moral da Constituição, como por exemplo, a interpretação do princípio da igualdade, sob a ótica de assegurar direitos a uma minoria. Os Ministros, em sua maioria, asseveraram que os homoafetivos deveriam ser tratados igualmente como qualquer outro cidadão, devendo-o ser respeitado em sua intimidade e em suas escolhas e que a igualdade expressa em nossa Lei Maior é garantida a todo e qualquer cidadão, independente de sua orientação sexual. Desta feita, analisando o pleito sob a vertente da leitura moral a união homoafetiva deve ser equiparada a união estável, na medida em que todos são iguais e merecem que o Estado e a sociedade lhes dispensem o mesmo tratamento e respeito.

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

(...)

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”.<sup>89</sup> (Ministra Carmen Lucia)

Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório –

<sup>89</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.

(...)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.<sup>90</sup>

De acordo com o Ministro Ayres Britto, o sexo e a orientação sexual de um indivíduo, não pode ser fator de desigualação jurídica.

O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).<sup>91</sup>

O Ministro Luiz Fux em seu voto cita Ronald Dworkin para fundamentar a sua análise do princípio da igualdade de acordo com a leitura moral.

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**. É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por RONALD DWORKIN (*Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao

<sup>90</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>91</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

direito constitucional brasileiro.

(...)

Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*: O argumento deste livro – a resposta que oferece a desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. [...] Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.<sup>92</sup>

Ainda neste sentido o Ministro Luiz Fux aduziu:

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.<sup>93</sup>

O Ministro Joaquim Barbosa asseverou no mesmo sentido:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema

<sup>92</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>93</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre o qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração”, tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras.<sup>94</sup>

Os Ministros na decisão da ADI 4277 socorreram-se dos princípios fundamentais para garantir aos cidadãos homoafetivos os mesmos direitos que os heterossexuais, igualando as relações homoafetivas às relações estáveis entre indivíduos de sexos opostos, assegurando a todos os indivíduos, segurança jurídica em suas relações afetivas e tratamento digno, independente da orientação sexual.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.<sup>95</sup> (Ministro Joaquim Barbosa)

O Ministro Gilmar Mendes destaca o princípio da igualdade como sendo um dos basilares para se reconhecer juridicamente a união homoafetiva.

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes. (...) Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

---

<sup>94</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>95</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

(...)

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado. Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.

(...).

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF).<sup>96</sup>

A Ministra Carmen Lúcia corrobora neste sentido, asseverando que cada indivíduo deve ser respeitado na sua liberdade de escolha e no seu livre arbítrio:

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade e jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.<sup>97</sup>

O Ministro Ayres Britto conclama não apenas os princípios fundamentais para o reconhecimento da união homoafetiva, mas também o constitucionalismo fraternal, consagrado no preâmbulo na nossa Carta Magna:

“Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se

<sup>96</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>97</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” (...) Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social).<sup>98</sup>

De forma abreviada constatamos que os Ministros na decisão da ADI 4277 e ADPF 132, em alguns momentos remeteram-se à leitura moral da Constituição a fim de justificarem e fundamentarem seus votos a favor do reconhecimento da união homoafetiva, garantindo a inclusão da minoria por meio da interpretação dos princípios fundamentais.

#### 4.2.4 *Decisão Minimalista*

Podemos verificar, em algumas passagens, posições minimalistas, no tocante a não interferência dos Poderes e por óbvio, das suas competências, bem como na manutenção de uma democracia deliberativa.

Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênica – pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

(...)

Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.<sup>99</sup> (Ministro Cezar Peluso)

<sup>98</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>99</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de

Os Ministros têm uma posição minimalista no tocante à necessidade da matéria ser discutida e apreciada pelo Poder Legislativo.

Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.<sup>100</sup> (Ministro Ayres Britto)

Ministro Gilmar Mendes, assinaei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.<sup>101</sup> (Ministro Ricardo Lewandowski)

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto também deixa expresso que o Poder Legislativo é que detém a competência para decidir (legislar) sobre o caso em tela: “Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar”.<sup>102</sup>

Outra passagem no voto do Ministro Gilmar Mendes remete ao minimalismo no que concerne a assertiva de que o Poder Judiciário não substitui o Poder Legislativo em relação ao caso em tela, a competência originária é dos legisladores, entretanto no tocante a concretização dos direitos fundamentais o Poder Judiciário não pode quedar-se inerte, por isso em alguns casos, em especial neste sob análise, os Ministros precisaram suprir as lacunas legislativas, não aplicando o minimalismo.

---

maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>100</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>101</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>102</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, com decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

(...)

Ainda em relação a esse diálogo institucional entre os Poderes, é interessante ressaltar mais uma vez os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. Por vezes, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e alega-se, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político.<sup>103</sup> (Ministro Gilmar Mendes)

Em relação a temas específicos e polêmicos sobre a união homoafetiva, tais como o reconhecimento do casamento e a adoção os Ministros preferiram adotar uma postura minimalista, não se posicionaram acerca destes institutos, preferiram aguardar outra ADI ou ainda uma postura ativa do legislativo.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento?

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; e me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém claro que trata de todo tema do matrimônio, com as modificações nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos. Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre

<sup>103</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

outros desdobramentos.<sup>104</sup> (Ministro Gilmar Mendes)

Apesar da postura minimalista dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em não reconhecer neste julgamento a adoção homoafetiva e o casamento, o último instituto foi posteriormente discutido e consagrado, é o que veremos nas próximas linhas.

#### **4.3 Consequências jurídicas e sociais do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132**

Após uma decisão corajosa e revolucionária no cenário jurídico brasileiro, vários foram os desdobramentos institucionais e sociais advindos desse julgamento. O Supremo Tribunal Federal ao conceder aos cidadãos homoafetivos que vivem em união estável os mesmos direitos já consagrados às uniões estáveis heterossexuais, fez com que a nossa sociedade, desse espaço a essa nova relação familiar que acabara de se legitimar. As ações em prol da inclusão social e efetivação dos direitos desses indivíduos começaram a surgir por toda parte.

O primeiro desdobramento positivo que adveio da decisão dos Ministros da ADI 4277 e ADPF 132 foi a Resolução nº 4 de 29 de junho de 2011<sup>105</sup>, editada pelo Ministério da Justiça na qual recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais, independente de sua orientação sexual. O preso ou a presa pode indicar um parceiro (a) para a visita íntima, não necessariamente do sexo oposto ao seu. Esta Resolução revogou a Resolução nº 1 de 30 de março de 1999, em que não eram permitidas visitas íntimas a pares homoafetivos.

Outro resultado relevante para os homoafetivos pós julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer o casamento homoafetivo. No dia 25 de outubro de 2011, estes Ministros em uma decisão também inédita, entenderam

---

<sup>104</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>105</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Resolução nº 4/2011. Disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/2011.06.29 - resolu%E7%E3o\\_n%BA\\_4-2011\\_do\\_conselho\\_nacional\\_de\\_politica\\_criminal\\_e\\_penitenci%E1ria.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/2011.06.29_-_resolu%E7%E3o_n%BA_4-2011_do_conselho_nacional_de_politica_criminal_e_penitenci%E1ria.pdf). Acesso em 07 jul. 2013.

que se o STF reconheceu a união homoafetiva e em nosso Código Civil há um dispositivo legal que ensina, art 1.726: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”, desta forma, não haveria óbice na conversão da união homoafetiva em casamento.

Os Ministros do STJ para fundamentarem a aprovação da conversão da união homoafetiva em casamento afirmaram que o pluralismo familiar concebido pela nossa Lei Maior, veda qualquer diferenciação entre as famílias formadas por casais heterossexuais e as formadas por pares homoafetivos, esta última não é menos família e também não é menos digna da tutela do Estado.

Ao facilitar a conversão da união homoafetiva em casamento os Ministros entenderam que essa nova família receberia efetivamente a “especial proteção do Estado”, sendo o Estado obrigado a dar assistência a esta nova entidade familiar.

Baseando-se que a Constituição Federal reconhece várias formas de família, a família constituída por duas pessoas do mesmo sexo possui os mesmos núcleos axiológicos daquelas formadas por casais heterossexuais, quais seja, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

De acordo com os artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não se pode aduzir que há uma proibição expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, e também não há como interpretar que há uma vedação implícita ao casamento homoafetivo, sem que isto afronte a vários princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Os Ministros do STJ ao fundamentarem sua decisão favorável à conversão da união homoafetiva em casamento, também mencionaram a inércia do Congresso Nacional, em não assumir, de forma explícita, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dessa minoria. Ante a omissão do Poder Legislativo o Poder Judiciário não pode ficar de “braços cruzados” assistindo à violação de vários direitos fundamentais, é obrigação dos julgadores intervirem para garantirem esses direitos constitucionais aos homoafetivos.

Mesmo após essa pequena explanação acerca das fundamentações dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça na aprovação da conversão da união homoafetiva em casamento,

mister registramos no presente trabalho, trechos da ementa desse julgamento.

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

(...)

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

(...)

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-firmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

(...)

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias

votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das majorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das majorias ocasionais, mas de todos.<sup>106</sup>

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2013/13<sup>107</sup> que dispõe: “Considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)”, esta Resolução veio autorizar a reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos, a fim de proporcionar a estes indivíduos formas legais para se “gerar” um filho.

Outra importante consequência, fruto também da ADI 4277 e ADPF 132 e também da RESP 1.183.378/RS, foi a resolução 175 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça no dia 15 de maio de 2013<sup>108</sup>, na qual proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar o casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Caso haja esta recusa o indivíduo deve procurar imediatamente o juiz corregedor da comarca para que faça cumprir de pronto a Resolução.

O conselheiro Guilherme Calmon assim asseverou sobre a Resolução 175 do CNJ:

A Resolução veio em uma hora importante. Não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento. Alguns estados reconheciam, outros não. Como explicar essa disparidade de tratamento? A Resolução consolida e unifica essa interpretação de forma nacional e sem possibilidade de recursos.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). 4ª Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Julgado no dia 25/10/2011, Publicado em 01/02/2012. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em 10 jun. 2013.

<sup>107</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2013/13. Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em 12 jul. 2013

<sup>108</sup> Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

<sup>109</sup> Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em 10 jun. 2013.

Essas (RESP 1.183.378/RS e Resolução 175/CNJ) foram algumas das inúmeras consequências positivas trazidas pelo julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, que tiveram uma repercussão e uma implicação efetiva na sociedade. Há outros desdobramentos, que não tiveram um grande impacto social, mas que trouxeram mudanças significativas a cada cidadão homoafetivo, garantido-lhes assim, mais dignidade.

No presente capítulo demonstramos os votos de alguns Ministros sob a ótica da corrente do pragmatismo, do minimalismo e da leitura moral, e a importância que a decisão da ADI 4277 e ADPF 132 representou na luta pela inclusão da minoria homoafetiva. Alguns pontos, como o casamento e adoção não foram objeto de análise do presente julgamento, contudo o casamento homoafetivo, como demonstrado anteriormente, foi reconhecido pelo STJ<sup>110</sup> e CNJ, como desdobramento da decisão do STF. No que concerne à adoção homoafetiva, não há até os dias atuais uma decisão do STF, com efeito vinculante<sup>111</sup>, não estabelecendo dessa forma, uma decisão padrão a ser seguida, pelos demais Tribunais.

O Poder Judiciário por meio da ADI 4277 e ADPF 132 propiciou uma mudança significativa e histórica em nosso judiciário, entretanto esta transformação (o reconhecimento e efetivação do direito à igualdade, independente da orientação sexual), não deve ficar apenas na esfera jurídica, deve ser contemplada, principalmente pela sociedade, que deve conscientizar-se que todos os cidadãos são iguais e possuidores dos mesmos deveres e direitos. A caminhada rumo a um país sem preconceito é muito longa, entretanto, o primeiro passo já foi dado.

Podemos asseverar que o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 foi uma forma expressa da judicialização da política.

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra

---

<sup>110</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 889852 /RS (2006/0209137-4). 4ª Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 27/04/2010 Publicado em 10/08/2010; Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). O STJ em uma decisão inédita confirmou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a sentença de 1ª instância que deferiam a uma das parceiras o direito a adotar os filhos, que já tinham sido adotados outrora por sua companheira. Os Ministros entenderam pela prevalência do princípio do melhor interesse das crianças.

<sup>111</sup> O STF julgou no dia 16 de agosto de 2010 o Recurso Extraordinário nº 615.261, que tinha como Relator o Ministro Marco Aurélio, neste Recurso os Ministros reconhecerem pela adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, sem fazer ressalva quanto ao sexo da criança e a sua faixa etária, contrariando a decisão do juiz de 1º grau do Estado do Paraná, que reconheceu pela adoção homoafetiva, entretanto, colocou algumas limitações em relação ao sexo e idade do adotado. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 20 jul. 2013.

falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político.”<sup>112</sup>

Os Tribunais de nosso país, em especial a nossa Corte Suprema, várias vezes são chamados a decidir um caso polêmico, que o legislativo ainda não regulamentou. Temas que são delicados, e que geram uma comoção popular, na maioria das vezes, o legislativo não regulamenta de imediato, prefere postergar um pouco, até que o assunto seja debatido e decidido pelo Poder Judiciário, foi o que ocorreu com o reconhecimento da união homoafetiva.

Se analisarmos os projetos de leis propostos pelos nossos congressistas, constataremos que desde o ano de 1995 há em nosso Congresso Nacional uma proposta de lei para disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Desta feita, passaram-se anos e o Legislativo mais uma vez ficou-se inerte, para assuntos controversos, deixando ao encargo do Judiciário decidir referido assunto.

Se o Legislativo que é o responsável por criar leis e regulamentar, assuntos polêmicos, e não o faz, o Judiciário frente a esta situação, deve se posicionar e decidir o assunto em pleito, independente de quão difícil ele seja. Os julgadores não podem adotar a mesma postura passiva e omissa que os legisladores, e esperar para que esses legislem sobre o tema, porque isso pode demandar um longo tempo, como o caso em tela.

Na mencionada decisão os Ministros decidiram a favor do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, entretanto, não entraram no mérito acerca do casamento e da adoção por homoafetivos, deixaram para que o Poder Legislativo regule sobre isso.

Contudo, enquanto o Legislativo não regulamentar sobre essas instituições, o Poder Judiciário, principalmente na 1ª e 2ª instâncias, terão que decidir ações sobre o tema. Se levarmos em consideração a demora que o legislativo está levando para legislar sobre a união homoafetiva, podemos asseverar, que leis sobre casamento e adoção homoafetiva em nosso país ainda irão demorar. Talvez outra ADI, para decidir sobre o assunto, venha primeiro que a própria legislação.

---

<sup>112</sup> CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol 12, n 34, junho/1997.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira questão a se destacar é: a homoafetividade não é um “fenômeno” advindo da modernidade. Desde os nossos antepassados há registros de relações entre pessoas do mesmo sexo. O que mudou com o decurso do tempo foi o modo como a sociedade e o Estado se comporta em relação a esses indivíduos.

Outrora o Estado, juntamente com grande parcela da sociedade, repudiava as relações homoafetivas, considerando-as como crimes, e por isso, seus praticantes deveriam ser punidos de maneira exemplar. Há passagens na história da humanidade nas quais os homoafetivos, apenas por assumirem sua identidade sexual, eram condenados a diversos tipos de penas, inclusive a pena de morte.

Vários anos se passaram desde a aplicação da pena de morte para os homoafetivos (é importante destacar que em nosso país houve a pena de morte apenas no período do Brasil-Colônia, quando o sistema jurídico adotado era o mesmo que existia em Portugal). A reflexão que precisamos fazer é: houve uma mudança significativa para esses cidadãos que sempre viveram à margem da sociedade?

Relevante mencionar que há vários tipos de diversidade sexual, tais como o homoafetivo, a travesti, e o (a) transexual, cada qual com suas especificações e características próprias, em comum todos sofrem com a discriminação e a forma desigual como são tratados pelo Estado e pela comunidade. Estes indivíduos buscam um tratamento igualitário, onde a orientação sexual não seja fator determinante para se garantir direitos fundamentais.

O Estado hoje não condena nenhum homoafetivo, de forma direta, à pena de morte, ressalta-se que não de forma direta e expressa, pois à medida que hodiernamente é público e notório que os cidadãos homoafetivos estão morrendo diariamente, de forma cada vez mais brutal, por pessoas intolerantes que não aceitam a diversidade, podemos asseverar que o Estado é no mínimo conivente com tais violências que ocorrem constantemente em nossas cidades.

O que se espera de um Poder Legislativo, cujo dever é representar a população, em sua maioria e também em sua minoria, ante essa realidade, é uma postura ativa, com o intuito de

reprimir tamanha barbárie. Contudo, os nossos representantes legislativos permanecem alheios a tal problema. Como demonstrado no presente estudo, não há uma lei, pós Constituição de 1988, que assegure direitos a estes indivíduos, e tão pouco, uma normatização que criminalize e puna rigorosamente a violência contra o homoafetivo.

A postura omissiva e até alheia do Legislativo frente aos problemas enfrentados diariamente pelos cidadãos homoafetivos, reflete a postura de um país que ainda não conseguiu separar de forma definitiva, Estado e religião. Apesar de nossa Lei Maior prevê um Estado laico, hodiernamente ainda não conseguimos verificar esta laicização.

A religião ainda está muito presente nos órgãos estatais, e isso não é diferente no Poder Legislativo. Há na Câmara e no Senado, bancadas religiosas, que são, de forma expressa, contrários ao reconhecimento de direitos aos homoafetivos, por razões diversas. Deste modo, estes legisladores, que ainda não conseguiram desvincular política e religião, acabam por obstruir a criação de leis em prol destes cidadãos.

Em decorrência desta omissão legislativa, hoje os homoafetivos continuam alheios a direitos básicos, concedidos e garantidos a todos os brasileiros. Mesmo a nossa Constituição Federal vetando qualquer espécie de discriminação e assegurando um tratamento igualitário a todos, o que de fato ocorre, é que aos homoafetivos são sonegados direitos elementares. Os princípios constitucionais norteadores de nossa Carta Política, como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana são constantemente violados quando a questão é garantir direitos aos homoafetivos.

Diante da inércia do Poder Legislativo e do não reconhecimento de vários direitos aos homoafetivos, o Poder Judiciário precisou ser movimentado para decidir sobre o assunto. Foi o que ocorreu no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, em uma decisão histórica e pioneira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu pela equiparação da união homoafetiva à união estável, garantindo aos pares homoafetivos os mesmos direitos que aos casais heterossexuais. Contudo, os Ministros ao proferirem seus votos não estenderam alguns direitos aos homoafetivos, como o casamento ou a pleitear uma adoção conjunta.

Alguns Ministros em seus votos mencionaram que não se posicionariam acerca do casamento ou adoção, pois iriam deixar ao encargo do Poder Legislativo regulamentar tais questões, todavia, a dúvida que paira é se os nossos legisladores vão legislar sobre mencionados temas, porque até hoje nenhuma lei em prol do homoafetivo foi editada.

Aguardar a boa vontade de nossos legisladores para garantir algum direito aos homoafetivos é uma atitude no mínimo cruel e desumana para com estes indivíduos, haja vista que, eles não podem ficar esperando indefinidamente uma posição de nosso Legislativo. Se o caminho para se assegurar direitos a esses cidadãos é socorrer-se do Judiciário, assim deve ser feito, o que não pode ocorrer é, os homoafetivos serem privados de direitos, em decorrência da omissão, para não dizer indiferença aliado ao preconceito, dos “representantes” do povo.

Entendemos que grande parte dos problemas relacionados à garantia de direitos aos homoafetivos seriam solucionados se houvesse em nossa Constituição, de forma expressa, o direito fundamental à diversidade sexual. Pois, acreditamos que já existe o direito fundamental à diversidade sexual, de forma tácita, de acordo com o art 5º,§2º, CF e também com os princípios norteadores de nossa Lei Maior.

Se este direito fundamental já estivesse expresso em nossa Constituição Federal desde sua promulgação, os homoafetivos não precisariam esperar mais de duas décadas para terem seus primeiros direitos garantidos, via judiciário. Não ficariam reféns do Poder Legislativo, aguardando leis, que nunca vieram e nem sabemos se virão.

Quando houvesse qualquer questão relacionada à garantia de direito aos homoafetivos, o direito fundamental à diversidade sexual fundamentaria qualquer decisão. Não seria mais faculdade do magistrado assegurar ou não, determinados direitos, pois esses seriam constitucionalmente garantidos.

Verificamos que houve várias transformações significativas em nossa sociedade, passamos de famílias eminentemente patriarcais e chegamos a famílias homoafetivas, conseguimos decisões inéditas em nosso Judiciário, alcançamos objetivos importantes, como a realização da cirurgia de transgenitalização no Sistema Único de Saúde. Contudo essas conquistas são muito poucas, frente a todos os direitos que foram cerceados aos homoafetivos por décadas. Precisamos editar leis, e principalmente, incluir a diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais, pois só assim, poderemos asseverar que a dignidade humana será assegurada a esses indivíduos.

O Estado, seja ele por meio do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, tem a obrigação de reconhecer e garantir direitos fundamentais a estes indivíduos. Porque eles são cidadãos que pagam seus impostos e por consequência esperam uma contraprestação positiva estatal, no caso em tela, garantir-lhes direitos inerentes a toda pessoa. Sendo nosso país

democrático, o que se espera é que cada indivíduo seja livre para fazer suas escolhas, e o Estado respalde o caminho eleito.

Várias são as mudanças necessárias no que concerne ao reconhecimento de direitos e integração dos homoafetivos à sociedade, sabemos que o caminho é longo e são vários os obstáculos impostos diariamente. Contudo, o primeiro passo foi dado pelo STF, aguardemos para que outras conquistas sejam celebradas e também para que a diversidade sexual seja despida de toda carga preconceituosa e discriminante a ela imposta.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Súmula Normativa nº 12 Disponível em [http://www.ans.gov.br/texto\\_lei.php?id=70](http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70). Acesso em: 07 jul. 2013

ALAGOAS. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/constituicao-estadual>

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. Barcelona: Planeta S.A., 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2011

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAVIO, Siverino apud SANCHEZ. Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (org). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código Civil. (2002)** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. **Código Penal.(1940)** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. **Código Penal Militar. (1969)** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

\_\_\_\_\_. **Estatuto da criança e do adolescente.(1990)**. Barueri: Manole, 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10 mai. 2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). 4ª Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Julgado no dia 25/10/2011, Publicado em 01/02/2012; Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em 10 jun. 2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial e A evolução do direito**. Trad. Leda Boechat. 3. Ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n 34, junho/1997.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2013/13. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em 12 jul. 2013

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa nº 77/2008. Disponível em [http://portal.mte.gov.br/trab\\_estrang/resolucoes-normativas.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucoes-normativas.htm). Acesso em: 07 jul. 2013

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 39/2007. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes>. Acesso em: 07 jul. 2013

COSTA, Jurandir Freira. **Politicamente correto**. In Revista Teoria & Debate, nº 18, 2º semestre de 1992

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário – uma abordagem sócio jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTR, 2000.

Declaração dos Direitos da Criança da ONU. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm). Acesso em: 10 jul.2013

DEWEY, John. **Lógica - A Teoria da Investigação**. Coleção Os pensadores. Trad. Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. (coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 4.ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei de Adoção não consegue alcançar seus objetivos**. 2009c. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 10.ago.2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17.ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Lei 2.615/2000. Disponível em <http://www.abglt.org.br/port/leis> Acesso em: 07 jul. 2013

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed Lúmen Juris, 2008.

GARGARELA, Roberto. **Derechos y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Natureza jurídica da relação homoerótica**. Revista Jurídica Del Rey, vol. 4, n 8. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**.6.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.v.6

GONTIJO, André Pires. **A sociedade aberta universal. A (re) discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco**. Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a conclusão do programa de mestrado em direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de concentração: Direito das relações internacionais. Brasília, 2009.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983

HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, nº1, abr/mai/jun. 1999

INSS. Instrução Normativa nº 25/2000 Disponível em <http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=568>. Acesso em: 07 jul. 2013

JAMES, William. **O que significa pragmatismo. O Pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar**. Trad. Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997.

\_\_\_\_\_. **Concepção da verdade no Pragmatismo. Pragmatismo e outros ensaios**. Trad. Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Lido, 1967

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. E. Bini. São Paulo: 1993

\_\_\_\_\_. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril cultural, 1978. Coleção “Os Pensadores”.

MARANHÃO. Lei nº 8444/2006. Disponível em <http://www.al.ma.gov.br/legis>. Acesso em: 07 jul. 2013.

MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

MELO, Débora. Deputado tucano desiste de 'cura gay'; Feliciano ameaça retomar proposta. **Uol**. 02 jul. 2013 Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/07/02/camara-dos-deputados-arquiva-cura-gay.htm> Acesso em: 17/07/13.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**, trad. Alberto Rocha Barros. 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. (Clássicos do Pensamento Político; v. 22).

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria nº 1.612/11 Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=86>. Acesso em: 22 mai. 2013

MINAS GERAIS. Lei 14.170/2002. Disponível em <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2013

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Circular nº 257/2004. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao>. Acesso em: 07 jul. 2013

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Portaria nº 233/10. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=456&cat=136&sec=9>. Acesso em: 22 mai. 2013

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria nº 513/10. Disponível em <http://www.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/21076>. Acesso em: 22 mai. 2013

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.707/08. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 07 jul. 2013

\_\_\_\_\_. Portaria nº 457/08. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 07 jul. 2013

\_\_\_\_\_. Portaria nº 1.353/11. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353\\_13\\_06\\_2011.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html). Acesso em: 22 mai. 2013

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MOTA Pinto, Paulo da. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999

PARÁ. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>

PARAÍBA. Lei nº 7.309/03. Disponível em <http://www.al.pb.gov.br/legis> Acesso em: 07 jul. 2013

PICAZIO, Claudio. **Sexo secreto: temas polêmicos da sexualidade**. São Paulo: Edições GLS, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, -2010.

\_\_\_\_\_. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009

\_\_\_\_\_. **Legal Scholarship Today**. Harvard Law Review, vol. 115, n.5, 2002.

PRADO, Danda. **O que é família?** Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1995.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto de 04 de junho de 2010 Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm). Acesso em: 07 jul. 2013

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer nº PGFN/CAT/Nº 1503/2010 de 10 de julho de 2010 Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010>. Acesso em: 07 jul. 2013

RIO GRANDE DO SUL. Lei 11.872/2002 Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis> Acesso em: 07 jul. 2013

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade in: LEITE George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANCHEZ, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (org). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANTA CATARINA. Constituição Estadual. 1989. Disponível em [http://www.alesc.sc.gov.br/portal/constituicaoEstadual/CESC\\_16\\_11\\_2009.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/portal/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf)

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. 48. ed. Coimbra, 1997.

SÃO PAULO. Lei 10.948/2000. Disponível em <http://www.justica.sp.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

\_\_\_\_\_. (org.) **Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais – Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia Igualdade. (coord) **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos da comunidade LGBT Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2013

SERGIPE. Constituição Estadual. 1989. Disponível em <http://www.al.se.gov.br/cese/constituicao>

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007b.

SILVA JÚNIOR, Enezio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University. 1998.

\_\_\_\_\_. **Radical in Robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**,

2005.

\_\_\_\_\_. **One Case at a Time**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ato Deliberativo nº 27 Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/stfMed/>. Acesso em: 07 jul. 2013

TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. In: Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos dos homossexuais**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

## ANEXOS

| PROJETOS DE LEI          |               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                  |                                                        |
|--------------------------|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|--------------------------------------------------------|
| Tema                     | Proposição    | Ementa                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Autor            | Situação                                               |
| Convocação de Plebiscito | PDC 2076/2005 | Convoca, nos termos dos artigos 14, I, e 49, XV, da Constituição Federal, plebiscito sobre a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo.                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Adelor Vieira    | MESA - Arquivada                                       |
|                          | PDC 232/2011  | Dispõe sobre a convocação de plebiscito para decidir sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: "Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?".                                                                                                                                                                                                                                  | André Zacharow   | CDHM - Aguardando Deliberação                          |
| Liberdade                | PEC 139/1995  | ALTERA OS ARTIGOS TERCEIRO E SETIMO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Explicação: INCLUINDO A LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL DENTRE OS OBJETIVOS DE PROMOVER O BEM DE TODOS SEM PRECONCEITOS, NOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ALTERANDO A Constituição Federal de 1988.                                                                                                                                            | MARTA SUPLICY    |                                                        |
|                          | PEC 67/1999   | Altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal. Explicação: INCLUINDO A LIBERDADE SEXUAL E A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA DENTRE OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE MODO A PROMOVER O BEM DE TODOS SEM PRECONCEITO; ALTERANDO A Constituição Federal de 1988.                                                                                                                                           | Marcos Rolim     | MESA - Arquivada                                       |
|                          | PEC 392/2005  | Dá nova redação ao inciso IV do art. 3º e ao inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal. Explicação: Estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a inexistência de preconceito em relação ao estado civil, orientação sexual, crença religiosa e deficiência; proíbe, também, a diferença salarial e a utilização desses critérios para admissão no emprego. Altera a Constituição Federal de 1988. | Paulo Pimenta    | CCJC - Tramitando em Conjunto                          |
|                          | PL 3770/2004  | Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Explicação: Altera as Leis nºs 8.213, de 1991; 9.029, de 1995 e 10.406, de 2002.                                                                                                                                                                                                   | Eduardo Valverde | MESA - Arquivada                                       |
| Igualdade                | PEC 66/2003   | Dá nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal. Explicação: Proíbe a diferença de salários e de exercício de função e de critério de admissão por motivo de discriminação por orientação e expressão sexual, etnia, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental.                                                                                                                               | Maria do Rosário | SERCO(SGM) - Aguardando criação de Comissão Temporária |
|                          | PL 4842/2009  | Dispõe sobre normas de equidade de gênero e raça, de igualdade das condições de trabalho, de oportunidade e de remuneração no serviço público.                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Iriny Lopes      | MESA - Arquivada                                       |

|                                                |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                    |                                                              |
|------------------------------------------------|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|--------------------------------------------------------------|
|                                                | PL 6653/2009 | Cria mecanismos para garantir a igualdade entre mulheres e homens, para coibir práticas discriminatórias nas relações de trabalho urbano e rural, bem como no âmbito dos entes de direito público externo, das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, amparando-se na Constituição da República Federativa do Brasil - inciso III, de seu art. 1º; inciso I, do seu art. 5º; caput do seu art. 7º e seus incisos XX e XXX; inciso II, do § 1º, do inciso II, do § 1º, do art. 173 -, bem como em normas internacionais ratificadas pelo Brasil e dá outras providências. | Alice Portugal     | PLEN - Tramitando em Conjunto                                |
|                                                | PL 756/2011  | Dispõe sobre normas de equidade de gênero e raça, de igualdade das condições de trabalho, de oportunidade e de remuneração no serviço público.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Paulo Pimenta      | CDHM - Aguardando Deliberação                                |
| <b>Criação de postos públicos</b>              | PL 367/1983  | DISPÕE SOBRE A ORIENTAÇÃO SEXUAL NOS POSTOS DE ASSISTENCIA E SAUDE E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | CRISTINA TAVARES   | MESA - Arquivada                                             |
|                                                | PL 66/1999   | Dispõe sobre a criação de Programa de Orientação Sexual, de Prevenção das DST/AIDS e do Uso Abusivo de Drogas e dá outras providências.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Iara Bernardi      | CN - Aguardando Apreciacao do Veto                           |
|                                                | PL 7/2003    | Dispõe sobre a criação de Programa de Orientação Sexual, de Prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis e do Uso de Drogas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Iara Bernardi      | MESA - Arquivada                                             |
|                                                | PL 584/2007  | Dispõe sobre a criação de Programa de Orientação Sexual, de Prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis e do uso de Drogas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Alice Portugal     | CCJC - Aguardando Parecer - Ag. devolução Relator não-membro |
|                                                | PL 601/2007  | Dispõe sobre a criação de Programa de Orientação Sexual, de Prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis e do Uso de Drogas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Carlos Abicalil    | CCJC - Tramitando em Conjunto                                |
| <b>União civil entre pessoas do mesmo sexo</b> | PL 1151/1995 | Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Explicação: Altera as Leis nºs 8.112, de 1990 e 6.815, de 1980.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | MARTA SUPLICY      | PLEN - Pronta para Pauta                                     |
|                                                | PL 6874/2006 | Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Laura Carneiro     | PLEN - Tramitando em Conjunto                                |
|                                                | PL 580/2007  | Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Clodovil Hernandez | CSSF - Aguardando Parecer                                    |
|                                                | PL 4914/2009 | Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Explicação: Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | José Genoíno       | CSSF - Tramitando em Conjunto                                |
| <b>Discriminação</b>                           | PL 2252/1996 | Tipifica como crime a discriminação em entradas de prédios e elevadores pelos motivos que especifica.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | MARTA SUPLICY      | CDHM - Tramitando em Conjunto                                |
|                                                | PL 1904/1999 | Altera o art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça ou de Cor" e dá outras providências. Explicação: Define também como crime, a discriminação ou preconceito de etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual.                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Nilmário Miranda   | MESA - Arquivada                                             |
|                                                | PL 2367/2000 | Altera o art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor", para incluir os de gênero e de opção sexual.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Vicente Caropreso  | MESA - Arquivada                                             |
|                                                | PL 5003/2001 | Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Explicação: PL da Homofobia.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Iara Bernardi      | MESA - Aguardando Retorno                                    |

|                                          |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                   |                                         |
|------------------------------------------|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|-----------------------------------------|
|                                          | PL 5452/2001 | Altera a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968, que "regula o provimento de cargos sujeitos a seleção". Explicação: Proíbe a discriminação ou preconceito decorrentes de raça, cor, etnia, religião, sexo ou orientação sexual, para o provimento de cargos sujeitos a seleção para os quadros do funcionalismo público e das empresas privadas.                                                   | Iara Bernardi     | CDHM - Tramitando em Conjunto           |
|                                          | PL 6186/2002 | Modifica a redação do art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Explicação: Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.                                                                                                                                                                                                                                  | Nair Xavier Lobo  | MESA - Arquivada                        |
|                                          | PL 6840/2002 | Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.                                                                                                                                                                                                                                                       | CEVIOLEN          | CDHM - Tramitando em Conjunto           |
|                                          | PL 5/2003    | Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual. Explicação: Altera o Decreto - Lei nº 2.848, de 1940.                                                                                                                                              | Iara Bernardi     | MESA - Arquivada                        |
|                                          | PL 287/2003  | Dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual. Explicação: Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.                                                                                                                                                                                                                                  | Laura Carneiro    | PLEN - Pronta para Pauta                |
|                                          | PL 3143/2004 | Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Explicação: Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.                                                                                                                                                                                         | Laura Carneiro    | MESA - Arquivada                        |
|                                          | PL 3817/2004 | Estabelece como crime hediondo o cometido contra homossexuais em razão de sua orientação sexual. Explicação: Altera a Lei nº 8.072, de 1990.                                                                                                                                                                                                                                                      | Maninha           | MESA - Arquivada                        |
|                                          | PL 4243/2004 | Estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Explicação: Inclui o crime resultante de preconceito ou discriminação em razão da orientação sexual. Altera a Lei nº 9.459, de 1997.                                                                                                                                                  | Edson Duarte      | MESA - Arquivada                        |
|                                          | PL 4373/2008 | Dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos cidadãos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.                                                                                                                                                                                                                                                                         | Sueli Vidigal     | CCJC - Aguardando Designação de Relator |
|                                          | PL 582/2011  | Acresce dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Explicação: Institui como circunstância que agrava a pena e qualifica o crime de homicídio a de ter o agente cometido o crime em função da orientação sexual do ofendido. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado à livre orientação sexual da pessoa. | Dalva Figueiredo  | CCJC - Aguardando Parecer               |
|                                          | PL 1846/2011 | Altera a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Lei da Tortura. Explicação: Estabelece que constitui crime de tortura constranger alguém em razão de discriminação sexual.                                                                                                                                                                                    | Carmen Zanotto    | CCJC - Pronta para Pauta                |
|                                          | PL 1899/2011 | Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor". Explicação: Inclui orientação sexual, aparência e classe social nos crimes resultantes de preconceito.                                                                                                                                            | Roberto de Lucena | MESA - Retirado pelo Autor              |
| <b>Alteração do Código Penal Militar</b> | PL 2773/2000 | Altera a redação do art. 235, do Código Penal Militar, excluindo do texto o crime de pederastia. Explicação: Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 1969.                                                                                                                                                                                                                                              | Alceste Almeida   | PLEN - Pronta para Pauta                |

|                                                   |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                  |                                          |
|---------------------------------------------------|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------------------------------|
|                                                   | PL 6871/2006 | Altera a redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome jurídico o termo "pederastia" e do texto a expressão "homossexual ou não" e acrescentando parágrafo único, para excepcionar a incidência. Explicação: Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 1969.                                                                                                                                                                        | Laura Carneiro   | PLEN - Tramitando em Conjunto            |
| <b>Inclusão dos companheiros como dependentes</b> | PL 2383/2003 | Altera a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que "Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde", na forma que especifica e dá outras providências. Explicação: Estabelece que as operadoras de planos de saúde não poderão criar restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo.                                                                                  | Maninha          | MESA - Aguardando Deliberação de Recurso |
|                                                   | PL 6297/2005 | Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União. |                  | CDHM - Aguardando Parecer                |
|                                                   | PL 6309/2005 | Acrescenta dispositivos ao art. 14 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que "dispõe sobre os planos e serviços privados de assistência à saúde". Explicação: Proíbe a empresa operadora de plano de saúde de frustrar ou impedir a inscrição de dependente companheiro ou companheira do mesmo sexo do beneficiário.                                                                                                                      | Laura Carneiro   | MESA - Arquivada                         |
|                                                   | PL 3712/2008 | Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências.                                                                                                                                          | Maurício Rands   | CFT - Aguardando Parecer                 |
| <b>Instituição de dia para a homoafetividade</b>  | PL 5430/2001 | Institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual. Explicação: A ser comemorado em 28 de junho.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Nair Xavier Lobo | MESA - Arquivada                         |
|                                                   | PL 379/2003  | Institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual. Explicação: A ser comemorado no dia 28 de junho, anualmente.                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Laura Carneiro   | MESA - Aguardando Deliberação de Recurso |
|                                                   | PL 7052/2006 | Institui o Dia Nacional de Combate a Homofobia. Explicação: A ser comemorado no dia 17 de maio.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Iara Bernardi    | MESA - Arquivada                         |
|                                                   | PL 7246/2006 | Institui o dia 29 de agosto como o "Dia da Visibilidade Lésbica".                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Maninha          | MESA - Arquivada                         |
|                                                   | PL 81/2007   | Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. Explicação: A ser comemorado no dia 17 de maio.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Fátima Bezerra   | MESA - Aguardando Deliberação de Recurso |
|                                                   | PL 2000/2007 | Institui o dia 29 de agosto como o Dia Nacional da Visibilidade Lésbica.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Cida Diogo       | MESA - Arquivada                         |
| <b>Assuntos diversos</b>                          | PL 3099/2000 | Dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina "Orientação Sexual", nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas.                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Pompeo de Mattos | CCJC - Tramitando em Conjunto            |
|                                                   | PL 9/2003    | Altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais, para permitir visita íntima para presos, independente de sua orientação sexual.                                                                                                                                                                                                                                                                          | Iara Bernardi    | MESA - Arquivada                         |

|                                                        |               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                         |                                                                                          |
|--------------------------------------------------------|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                        | PL 2976/2008  | Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social | Cida Diogo              | PLEN - Tramitando em Conjunto                                                            |
|                                                        | PL 1510/2011  | Acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos.                                                                                                               | Erika Kokay             | CDHM - Tramitando em Conjunto                                                            |
| <b>Projetos contrários à inclusão dos homoafetivos</b> | PDC 1640/2009 | Susta a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1, de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.                                                                        | Paes de Lira            | MESA - Arquivada                                                                         |
|                                                        | PDC 224/2011  | Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.                                                  | João Campos             | Projeto votado e aprovado, contudo, após manifestações ocorridas no país, foi arquivado. |
|                                                        | PDC 234/2011  | Susta a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99 de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.                                                                      | João Campos             | CSSF - Aguardando Parecer                                                                |
|                                                        | PDC 521/2011  | Convoca plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar.                                                                                                                                                                                                                    | Pastor Marco Feliciano  | CDHM - Tramitando em Conjunto                                                            |
|                                                        | PL 2177/2003  | Cria programa de auxílio e assistência à reorientação sexual das pessoas que voluntariamente optarem pela mudança de sua orientação sexual da homossexualidade para heterossexualidade e dá outras providências.                                                                                                | Neucimar Fraga          | MESA - Arquivada                                                                         |
|                                                        | PL 2279/2003  | Torna contravenção penal o beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público. Explicação: Altera o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.                                                                                                                                                            | Elimar Máximo Damasceno | MESA - Arquivada                                                                         |
|                                                        | PL 5816/2005  | Acrescenta o § 3º ao art. 13 da Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, para dar competência aos psicólogos para auxílio e suporte psicológico às pessoas que voluntariamente deixarem a homossexualidade.                                                                                                       | Elimar Máximo Damasceno | MESA - Arquivada                                                                         |
|                                                        | PL 3323/2008  | Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção por casal do mesmo sexo.                                                                                                                                                                               | Walter Brito Neto       | MESA - Arquivada                                                                         |
|                                                        | PL 4508/2008  | Proíbe a adoção por homossexual. Explicação: Altera o parágrafo único do art. 1.618, da Lei nº 10.406, de 2002.                                                                                                                                                                                                 | Olavo Calheiros         | CCP - Tramitando em Conjunto                                                             |
|                                                        | PL 5167/2009  | Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Explicação: Estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar.                                                                                      | Capitão Assunção        | CSSF - Tramitando em Conjunto                                                            |