



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO À
ORIENTAÇÃO SEXUAL NO BRASIL**

**SOUSA - PB
2007**

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO À
ORIENTAÇÃO SEXUAL NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Profº. Dr. Robson Antão de Medeiros.

Co-orientadora: Profª Ma. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

**SOUSA - PB
2007**



A659h Araújo, Jailton Macena de.
 Hermenêutica Jurídica e dignidade humana: o direito à orientação sexual no Brasil. / Jailton Macena de Araújo. - Sousa- PB: [s.n], 2007.

78 f.

Orientador: Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros; Co-orientadora: Prof^ª. Ma. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Hermenêutica jurídica. 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3. Direitos da Personalidade. 4. Orientação sexual no Brasil. 5. Direitos Fundamentais. 6. Direito à orientação sexual. 7. Homossexuais - direitos. 8. Direitos LGBT. 9. Poder Judiciário e Causas Homossexuais I. Medeiros, Robson Antão de. II. Abrantes, Ângela Maria Rocha Gonçalves de. III. Título.

CDU: 342.7-055.34(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Jailton Macena de Araújo

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO À
ORIENTAÇÃO SEXUAL NO BRASIL**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

Aprovado em: 31 de outubro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

**Robson Antão de Medeiros – Pós-doutor – UFCG
Professor Orientador**

**Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes – Mestra – UFCG
Professora Co-orientadora**

**Maria Marques Moreira Vieira – Especialista – UFCG
Professora**

Dedico este trabalho aos meus pais, *Deta Araújo* e *José Edvaldo de Macena*, que me conduziram por um caminho voltado para o bem e para dignidade. Mostrando-me, em todos os momentos de minha vida, como um homem justo deve lutar pelos seus objetivos, sempre pautando a sua vida por valores de honradez, honestidade e defendendo, acima de tudo, o que é correto.

Agradeço a *Deus* que me permite, em cada momento, desfrutar do dom maior da vida e desfrutar também do convívio de todos os meus queridos amigos e familiares.

Agradeço ao amigo e companheiro *Eduardo Pordeus* pelo estímulo e pela dedicação que sempre empenhou para que este trabalho fosse realizado, contribuindo sempre com suas cultas e pertinentes colocações, demonstrando sempre um entusiasmo imenso pela construção de uma obra grandiosa como a nossa amizade.

Agradeço também aos meus pais e às minhas irmãs, *Jaiza* e *Jaianny*, que, apesar de todos os momentos de dificuldade, conduziram-me e esforçaram-se para que eu pudesse estar onde estou e concluir esta graduação.

Agradeço às amigas *Gilmara* e *Gisele* que me apoiaram e estiveram sempre do meu lado em todos os momentos de tormenta e de bonança, e que como poucos demonstram em cada atitude o que é a verdadeira amizade.

Agradeço, também, a contribuição brilhante dos orientadores deste trabalho, o professor *Robson* e a professora *Ângela*. Mestres sempre abertos ao diálogo e a busca do aprimoramento desta pesquisa.

O homem, não centro estático do Mundo
– como ele se julgou durante muito tempo, mas eixo e
flecha da evolução – o que é muito mais belo.

Teilhard de Chardin

A justiça, mantendo-se indiferente diante
das diferenças, só faz cometer enormes injustiças.

Maria Berenice Dias

RESUMO

A tendência evolutiva dos valores éticos e culturais na sociedade brasileira atual tem possibilitado um ambiente favorável para a reafirmação de direitos existenciais mínimos, em detrimento dos conceitos tradicionais de família e de religião. É deste modo que as pessoas homossexuais, insatisfeitas ou lesadas com o descaso do Estado (e dos particulares) aos direitos afeitos a sua orientação sexual, têm buscado no Poder Judiciário uma arena para suprimir ou para afastar os preconceitos que as sucumbem. É, pois, nesta ótica, que as hipóteses de proteção afirmativa por parte do Poder Judiciário brasileiro têm reconhecido, de modo majoritário, efeitos jurídicos às relações entre pessoas de mesmo sexo e, por via direta, o efetivo respeito à livre orientação sexual do ser humano, tudo sob o postulado constitucional do direito fundamental à dignidade humana. Outrossim, analisa-se a partir de alguns provimentos judiciais, sob o recorte da hermenêutica constitucional e, em particular, pelo manejo dos princípios constitucionais, a forma como o Estado-juiz vem se posicionando no que se refere a temática da aplicação e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana diante das lides que envolvem as pessoas homossexuais e, de modo particular, o direito humano à orientação sexual.

Palavras-chave: Hermenêutica/Dignidade Humana/Poder Judiciário/Orientação Sexual

ABSTRACT

The evolutionary trend of ethical values and cultural in Brazilian society today have enabled an environment favorable for the reaffirmation of rights existential minimum, to the detriment of traditional concepts of family and religion. It is thus that the homosexual persons, injured or dissatisfied with the disregard of the rule (and individuals) rights to lure their sexual orientation, have fetched in the Judiciary one arena to eliminate or to remove the prejudices that succumb. It is in this perspective, that the chances of affirmative protection by the Judiciary Brazil have recognized, so majority, the legal relations between people of same sex and, through direct, effective for the free sexual orientation of the human, all under the premise of the constitutional fundamental right to human dignity. Also, examines itself from some the court, under the indentation of hermeneutics constitutional and, in particular, the management of constitutional principles, the way the Member judge has been positioning with regard to issues of implementation and recognition of dignity of the human person in front of the Albanian involving homosexual persons and, in particular, the human right to sexual orientation.

Key-words: Hermeneutics/Dignity Human Being/Judiciary Power/Sexual Orientation

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transexuais.

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

CF. 88 – Constituição Federal de 1988.

DPVAT – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

PA – Pará.

PB – Paraíba.

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

RGPS – Regime Geral de Previdência Social.

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

TJ-GO – Tribunal de Justiça de Goiás.

TJ-PB – Tribunal de Justiça da Paraíba.

TJ-RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo.

TRT-PB – Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba.

TRT-SP – Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande.

VINACC – Visão Nacional para a Consciência Cristã.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	8
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	9
INTRODUÇÃO.....	11
1. HERMENÊUTICA E PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA...15	
2. AS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	28
4. O PODER JUDICIÁRIO COMO MANTENEDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	33
5. O DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL E A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXOS.....	65

INTRODUÇÃO

Visualizar-se-á, em uma superficial análise do passado, que em momentos recentes da história era predominante a força religiosa, onde Estado e Igreja confundiam-se. Assim, perceber-se-á a reconhecida predominância de um forte preconceito a tudo o que é diferente, sendo, por isso, considerado amoral e pecaminoso.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2006, p. 28) afirma que a expressão latina *vox populi, vox Dei* trazia a acepção de que qualquer ato em desarmonia com o que era imposto pela maioria estava em desacordo com a vontade divina e, como resultado, as minorias deveriam ser penitenciadas por atentarem contra Deus. Como através da evangelização se “levava a voz de Deus”, as palavras da Igreja, por via de conseqüência, acabavam sendo “a voz do povo”. Esse ciclo garantia a predominância do pensamento eclesiástico, assegurando a aceitação dos seus dogmas e mandamentos.

O esmaecimento das relações entre o Estado e a Igreja, onde esta ditava o certo e o errado, a ser proibido ou aceito por aquele, afrouxou os fortes conceitos de “moralidade”, de molde que, a afetividade humana passou a ser muito mais importante para a superação dos preconceitos. A família patriarcal e machista entrou em crise, privilegiando a afetividade nas relações familiares, transformando-se em espaço de realização para os indivíduos que a compõem nos moldes atuais (Ibid., p. 64), além de se facultar margem à proteção de outras formas de liberdade.

Vive-se atualmente um momento de evolução social, na qual a busca de realização individual ganha muito mais importância na sociedade brasileira. Temas polêmicos, antes tabus “guardados a sete chaves”, vêm à tona em busca de aceitação na comunidade e, também, em busca do reconhecimento do Estado.

Muito se discute acerca do direito à sexualidade, visto sob o prisma do direito à auto-afirmação e do direito à intimidade, todos como consentâneos à necessidade de realização pessoal. Entretanto, muito além da

esfera individual, exsurge o direito à orientação sexual como parâmetro de realização do indivíduo no seio da comunidade em que vive.

Com a (r)evolução dos costumes, com a mudança de valores e dos conceitos de moral e de pudor, propiciadas pela massificação dos meios de comunicação, de novas formas de informação e pela informática, a livre orientação sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentada abertamente, sendo retratada de forma explícita nos filmes, nas novelas e na mídia em geral.

Minorias sociais excluídas engrossam o coro por respeito à sua dignidade, exigindo do Estado a tutela necessária para o reconhecimento da igualdade constitucional, como forma de prover a excelência dos cidadãos, de modo a lhes garantir a construção de uma sociedade justa, sem discriminações de qualquer natureza. Sobre este tema, conforme exposto por Luis Afonso Heck (in: RIOS, 2002, p. 13), cabe ao legislador e às decisões judiciais, nas quais se apresenta posição decidida de combate à discriminação social, um efeito a longo prazo nos âmbitos sociais que estão subtraídos à influência estatal direta, para que sejam incluídos e tenham os seus direitos resguardados.

É, pois, neste sentido de busca pela influência do Estado nas relações sociais, através da aplicação da lei ou da observância a princípios, reconhecidas as ações afirmativas para as minorias como meio mínimo de proteção, que se discutirá, na esfera do Poder Judiciário, o reconhecimento do denominado direito à orientação sexual, como pressuposto íntimo de realização do indivíduo, rumo à felicidade e à concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na realidade destes grupos minoritários.

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

As questões referentes à sexualidade não se restringem ao âmbito individual. Pelo contrário, para compreender comportamentos e valores pessoais é necessário contextualizá-los social e culturalmente. Para Raupp Rios (2002, p. 123) a diversidade sexual, embora ainda considerada por muitos grupos hostis como uma perversão, deixou de ser uma referência freudiana tomada a partir de casos exemplares para tornar realidade cotidiana no mundo atual e é assim, como algo que decorre de uma orientação individual e natural que a diversidade deve ser vista. E, acresce, ainda, que a partir do universalismo do princípio da igualdade formal também se pode analisar a defesa do “direito à diferença”. Nesta concepção, a igualdade decorre do respeito à diferença que protege a identidade do indivíduo homossexual (Ibid., p.130).

Nesta luta pela realização da igualdade social entre todos os indivíduos, curial o apontamento de Dias (2004, p. 5), para quem a justiça só é justa quando os seus juízes, sem medos e preconceitos, adquirem a consciência de que a sua missão é proteger a todos a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver.

Neste contexto, Rios (op. cit., p. 135) menciona que é forçoso afirmar, que a extensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões em que surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada.

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

Entende-se que enquanto não existirem posicionamentos legislativos no que se refere à situação das pessoas homossexuais, que são relegados, na maioria das vezes, à categoria de sujeitos inferiores na participação e na proteção sociais, será premente o dever de responsabilidade dos órgãos do Judiciário como provedores da igualdade e da dignidade impingida na Constituição Federal brasileira de 1988.

O Poder Judiciário há que manejar os valores constitucionais no sentido de dar vida aos direitos fundamentais da pessoa humana. Desta forma, investigar-se-ão as formas de interpretação jurídica, bem como a importância de uma hermenêutica constitucional em torno da temática aqui abordada, e, também, posicionamentos judiciais que refletem o corolário da dignidade humana como prisma que se irradia por todo o ordenamento jurídico, especialmente nas relações entre o Estado e a sociedade.

Ademais, buscar-se-á da atuação dos juízes e dos tribunais brasileiros, mediante a análise de decisões judiciais (na esfera trabalhista, previdenciária, eleitoral, entre outras), ações protetivas das quais se reconheça direta ou indiretamente o direito à sexualidade, como direito fundamental do ser humano inerente ao direito à personalidade, a partir do qual se respeita o direito à liberdade como consentâneo ao direito de ser diferente.

Diante disso, não é possível olvidar que o tema da dignidade da pessoa humana e a sua positivação no direito brasileiro compõem valor fundamental que serve de ferramenta para embasar, também, as construções jurisprudenciais no que se refere aos direitos das pessoas homossexuais.

Deste modo, o presente estudo enveredar-se-á na análise da proteção judicial (desde a interpretação da lei, através dos mecanismos da hermenêutica, até a sua aplicação ao caso concreto) no que tange às relações que envolvem direitos das pessoas homossexuais, no âmbito do Estado brasileiro, partindo-se da premissa de que a orientação sexual se trata de um direito humano fundamental.

1. HERMENÊUTICA E PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A hermenêutica jurídica refere-se à ciência da interpretação da lei quando posta à prova diante dos conflitos; tem por objetivo primordial o estudo dos processos a serem aplicados para fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, seu conhecimento adequado, adaptando-as aos fatos sociais e/ou aos casos concretos. Eis que a temática é objeto essencial, também, para o debate e a compreensão do fenômeno da atuação do Poder Judiciário no Brasil. Neste contexto, pode-se fazer um estudo das formas de aplicação e de interpretação dos princípios constitucionais fundamentais - informadores da cidadania, a partir da concepção sobre os problemas que afetam a sociedade brasileira.

Como expõe Canotilho (1999, p. 1.148 – 1.151), a hermenêutica constitucional deve levar em conta alguns princípios próprios, dada à magnitude do seu valor na ordem jurídica. Dentre estes, têm-se os princípios da máxima efetividade (que impõe que seja atribuída à norma constitucional a maior eficácia possível) e também o da concordância prática (que estabelece haver a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros).

Por isso, mister se faz voltar as atenções sobre a função do direito, manejado de forma particular pelos órgãos judiciais. Num primeiro momento, entende-se que o direito, na ótica do fenômeno sociológico, pode resumir-se no conjunto de princípios, de institutos e de normas, incorporados ou manejados coercitivamente pelo ente estatal. Dessa forma, orientam a conduta humana de uma maneira predominante (e isso quando não se amplia e explora outras fronteiras – fontes sociológicas, filosóficas, entre outras, para compreender a realidade que cerca a vida em sociedade e os conflitos na sua inteireza).

Observa-se, também, nesse contexto, que o direito tem caráter atuante sobre a vida social, onde produz seus efeitos, alterando, vedando ou sancionando certas práticas, podendo garantir a sua reprodução nessa tessitura. Outrossim, o direito é estimulado pela condução da sociedade, às

práticas e às condutas sociais desaguadoras na orientação ou na concepção de justiça (em sentido lato) ou na elaboração das normas e dos princípios (já que estes últimos são, também, dotados de conteúdo sociológico).

Neste desiderato, ao fenômeno jurídico é atribuído o condão de norteador social, por ser a ele delegado a função de "instrumento de lapidação" das transformações sociais (o que eleva a sua força, por abranger situações aceitas e esperadas pelos seus destinatários). Daí porque o direito ser visto como fator atento às formas sociais existentes, acompanhando as transformações da sociedade, bem como servindo de instrumento libertário e emancipador, adequado à regulação dos interesses prevalentes em cada época e não como imperativo mascarador da história, apartado da construção humana incessante (LEAL, 2004, p. 17-18). Isto nas democracias, nos Estados democráticos de direito.

3º

Há teóricos que entendem o direito como instrumento apto à realização dos fins estabelecidos em determinado contexto histórico, correspondendo a um acervo axiológico preponderante ou hegemônico, que dita, organiza e legitima a estrutura social de determinada época. Para outros, o direito constitui-se em dar a cada um o que é seu, fazendo o bem e evitando o mal – é a aplicação do justo ao caso concreto; é a função social do direito dentro daquele contexto Jus-naturalista.

Importa destacar que existem teóricos que sustentam ser a segurança e a justiça os fins precípuos do direito, nestas incluídas a paz social e o bem comum, onde manter a paz e a segurança jurídica é o mais importante, perfazendo-se o controle dos conflitos, o fim maior do direito.

Partindo destas premissas (referentes à ligação íntima entre a ciência do direito e a sociedade), é que se pode depreender que, no meio social, deveras, são constantes os conflitos entre pessoas e isto reclama solução em nome da segurança jurídica, em que o próprio direito preocupa-se em resguardar. Na visão de Celso Antonio Bandeira de Melo (1996, p. 407), perfilha-se uma realidade onde:

- * Com efeito, o único objeto que o juiz, advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciante que seja, se não lhes fornecer a indicação dos princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas.

É na busca desta atuação jurídica que o poder do juiz revela-se, com o intuito de exercer o seu mister, por meio das três operações específicas e combinadas a seguir delineadas.

A interpretação – (refere-se, justamente, na ótica do processo, à análise da lei) que se inicia com a compreensão e a determinação da extensão e do sentido da lei, ao tempo em que absorve dela sua essência, quando deverá, pois, aplicá-la ao caso particular ou ao caso concreto *sub judice* ou em situações controvertidas, onde é chamado a decidir.

A integração deságua do entendimento do processo lógico para suprimimento das lacunas percebidas a partir da tentativa infrutífera de aplicação das fontes principais do direito e, com efeito, toma forma concreta, no recurso às fontes subsidiárias das normas (princípios gerais do direito, analogia, jurisprudência e costumes);

A aplicação é a oportunidade da incidência do emprego ou da adaptação das normas jurídicas à realidade, posta em conflito. Assim, é onde há a adaptação da lei abstrata à situação concreta – o juiz, depois de seguida a marcha processual, ouvidas as partes e testemunhas, forma o seu convencimento sobre a realidade fática submetida ao seu crivo: dá e aplica aquilo que o legislador determinou como justo no caso concreto – que muitas vezes, pode não corresponder exatamente a um silogismo, onde o fato é enquadrado na incidência da lei e em seguida são deduzidos efeitos jurídicos.

Ao considerar as contendas que gravitam na sociedade e também ao se examinar um Judiciário predominantemente conservador e distante de um provimento de conformidade com os valores postos pela ordem constitucional vigente, é indubitável que não se verifica uniformidade de conclusões no que tange à função do direito.

* Logicamente, que a atuação judicial é ponderada e temperada pelas experiências do magistrado, em especial, no desiderato de contribuir às transformações sociais e à efetividade da lei – instituto, muitas vezes, abstrato ou insuficiente para determinadas demandas a que a sociedade está sujeita.

* Sob este prisma, são constatados diversos fatores de ordem política e ideológica na seara da legitimação da lei e das atribuições do Judiciário (embora não caiba aos objetivos deste trabalho abordar esta temática). E é assim que se busca uma intensa integração na interpretação e na aplicação do Direito passando por estas fases, antes de chegar ao seu "consumidor final" – o jurisdicionado.

* Tem-se em conta, deveras, quando da busca do justo, a expectativa de que no caso levado à apreciação do Judiciário, sejam observados certos princípios¹, cingidos a um patamar de superioridade sobre a lei (tidos como normas de supra-direito), dentre eles, o princípio da dignidade humana e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional², reconhecidos constitucionalmente ou em normas internacionais³. Nesta senda, está inserida a realidade de exclusão social de certas minorias⁴, que podem fazer valer, por intermédio do Judiciário, os seus direitos mais elementares.

¹ Os princípios são, para Miguel Reale (1998, p. 60) "verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários".

² Mencionado princípio garante a possibilidade de submissão à apreciação judicial todo e qualquer ato que ameace ou cause prejuízo a direitos e garantias fundamentais.

³ As normas jurídicas internacionais são divididas em leis vinculantes e não vinculantes. A lei internacional vinculante inclui tratados que os Estados ratificaram ou com os quais de outra forma se comprometeram, expressamente, por meio de um processo nacional para tal fim. Exemplos são o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos - PIDCP. No que diz respeito aos documentos não vinculantes, podemos citar como exemplo as resoluções, diretrizes e declarações, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁴ Conceitualmente, a ação afirmativa refere-se a um conjunto de políticas públicas adotadas com vistas a contribuir para a ascensão de grupos socialmente minoritários, sejam eles grupos étnico-culturais, sexuais ou portadores de necessidades especiais. Em síntese, a ação afirmativa tem como objetivo combater as desigualdades sociais resultantes de processos de discriminação negativa, dirigida a setores vulneráveis e desprivilegiados da sociedade.

* Os princípios jurídicos, via de regra, não têm o condão de serem absolutos: eles existem e regem todo o ordenamento. Toda Constituição há de ser regulada, muitas vezes, na esfera infraconstitucional, salvante aqueles preceitos de cunho auto-executáveis ou *self-executing* (SILVA, 1996, p.73), que por seu aspecto de proteção é imposta à sociedade organizada, cominando critérios práticos e objetivos para a promoção da cidadania.

Acerca da aplicação dos princípios jurídicos dentro da ordem constitucional, se faz pontual a seguinte indagação: qual deve ser o posicionamento do aplicador do direito quando as regras que deveriam ser direcionadas para a efetivação dos preceitos constitucionais acabam por colidir com estes mesmos princípios jurídicos fundamentais?

Com o objetivo de solucionar mencionada controvérsia, indispensável é a orientação de Robert Alexy (1997, p. 86) que afirma ser a norma jurídica um gênero que possui entre as suas espécies os Princípios e as Regras. O que os diferencia é uma graduação de qualidade: "[...] *las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe sólo una diferencia gradual sino cualitativa [...]*".

* Os princípios mencionados por Alexy (1997, p. 86-87) são aquelas normas superiores que pulverizam todo o ordenamento jurídico, possuindo uma feição de mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que devem ser cumpridos em diferentes vertentes, de acordo com os bens jurídicos postos em choque. Conforme acrescenta, as regras são normas de menor escalão na ordem jurídica, regulando fatos mais específicos e menores diante de toda a supremacia principiológica – em alguns casos, podem ser cumpridas ou não, garantindo determinações no âmbito do fático e do juridicamente possível.

Em sede de hermenêutica, é curial a lição de Diniz (1997, p. 277), para quem são cinco os processos interpretativos: o gramatical⁵, o lógico⁶, o

⁵ O processo gramatical, fundado em regras ortográficas, semânticas e de lingüística, implica na análise, pelo juiz, de cada palavra do texto normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica, etc. de molde a extrair apenas do vernáculo a sua significação.

sistemático⁷, o histórico⁸ e o sociológico ou teleológico⁹. Eles não se isolam ou divergem, mas sim, se complementam:

(...) convém lembrar, ainda, que os diversos processos interpretativos não operam isoladamente nem se excluem reciprocamente, mas se completam. Não são, na realidade, cinco espécies de técnicas de interpretação, mas operações distintas que devem sempre atuar conjuntamente, pois todas trazem sua contribuição para a descoberta do sentido e do alcance da norma.

A mencionada lição tem o suporte científico da doutrina de Carlos Maximiliano (1999, p. 127), para quem:

Não é de rigor que se empreguem todos simultaneamente; pode um dar mais resultado do que outro em determinado caso; o que se condena é a supremacia absoluta de algum, bem como a exclusão sistemática de outro. Cada qual tem os seus defeitos e as suas qualidades; é em tirar de cada processo o maior proveito possível, conforme as circunstâncias do caso em apreço, que se revela a habilidade e a clarividência do intérprete.

Não se pode deixar de frisar que a aplicação das normas constitucionais deve-se pautar em critérios que não se esvaziam nos cinco processos clássicos supramencionados (gramatical, histórico, sistemático, lógico e teleológico). Por isso, razoável é que o intérprete se paute em valores cuja fundamentação confira maior salvaguarda à liberdade humana, *i. e.*, na maior amplitude da proteção dos direitos fundamentais, não importando o processo hermêutico adotado na decisão jurídica. Canotilho (1999, p. 1142) define que:

A investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma operação de determinação (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito

⁶ Utiliza-se de critérios lógicos, tendo por base a coerência das palavras no texto, estuda-se, pois, desta forma o sentido e o alcance da norma.

⁷ A interpretação sistemática leva em consideração o sistema legal em que a norma está inserida, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto, dentro basicamente do mesmo diploma legal ou de leis correlatas - através da diversidade de subsistemas normativos.

⁸ Baseia-se nos precedentes da formulação legal, estando intimamente ligado aos trabalhos do processo legislativo, às causas ou necessidades que inspiraram o legislador para a edição da norma.

⁹ O método teleológico de interpretação das leis visa adaptar o sentido ou a finalidade da norma às novas exigências, imbuindo a lei de significado axiológico voltada para as necessidades do caso concreto.

constitucional. Em primeiro lugar, os elementos lingüísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, polissêmicos ou pluri-significativos (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na Constituição).

Ao levar em consideração as funções do direito sobre a interpretação jurídica, José de Albuquerque Rocha (2002, p. 110-112) destaca que:

A interpretação jurídica pode ser entendida como um processo discursivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas em um texto, chega-se a um conteúdo normativo. Concretizando mais ainda a definição, diríamos que a interpretação é a atividade discursiva consistente em atribuir sentido ou significado a um texto normativo. Por texto normativo entendemos qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa. E por atividade discursiva entendemos a série concatenada de argumentos ou raciocínios destinados a explicar e justificar o sentido atribuído ao texto, o que significa dizer que interpretar é uma forma de argumentar e raciocinar em direito.(...) a peculiaridade central da interpretação constitucional é a consequência necessária do apelo freqüente a conceitos de valor na formulação dos textos da Constituição, tais como dignidade humana, democracia, pluralismo, político, liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, individualismo, paz, ordem pública, moralidade, imparcialidade, independência, desenvolvimento e tantos outros, o que o torna esses textos constitucionais esquemáticos, abertos, abstratos, indeterminados e elásticos. A natureza aberta dos textos constitucionais determina a ampliação da zona de penumbra em detrimento da certeza, circunstância que afeta seu processo de interpretação e o próprio intérprete, que goza assim de maior discricionariedade.

Note-se que, para Rocha (2002, p. 114-115), há duas importantes espécies de interpretação jurídica, que podem ser feitas por intermédio do método sistemático ou ainda mediante o manejo do método teleológico. Discorrendo sobre o método de interpretação sistemático, afirma que a Constituição é uma realidade ordenada, posto que a totalidade de suas normas estão inter-relacionadas por intermédio de uma conexão sistêmica. Em complemento ao método sistemático, importa expor o método teleológico ou finalista, pelo qual se caracteriza, a partir dos valores constitucionais, como um procedimento que faz a ponte entre o sistema constitucional sobre a qual se levanta e para o qual retorna através de sua interpretação pelos órgãos jurisdicionais. Neste contexto, enfatiza que:

No caso da Constituição, a conexão sistemática, ou seja, aquilo que serve de critério para a ligação entre todas as normas dando-lhes sentido e unidade é constituído pelos valores constantes do Título I, que, por isso mesmo recebe a denominação de princípios fundamentais, sobretudo, pelo valor da dignidade humana que é a raiz de todos os valores (...) assim, o método sistemático é um procedimento logicamente indispensável para obter um conhecimento da Constituição enquanto totalidade. (...) o raciocínio teleológico implica não só a compreensão da constituição formal enquanto sistema de enunciados normativos, o que é proporcionado pelo método sistemático, mas também a análise de todo um conjunto de fatores sociais que formam a chamada constituição material que são imprescindíveis se queremos apreender o real sentido dos enunciados da primeira.

A solução dos conflitos ou das tensões entre direitos fundamentais a par da teoria dos princípios é respondida pela hierarquização dos princípios conflitantes, valendo-se de um outro princípio, o da proporcionalidade. Assim, os bens da vida devem ser sopesados e os princípios jurídicos mensurados diante da realidade social, indicando quais dos interesses possuem maior ou menor importância no caso concreto.

Destarte, a ponderação racional deve ser feita com base em enunciados de relevância principiológica, onde, como já mencionado, os princípios fundamentais numa ordem jurídica tem precedência sobre aqueles, que, num dado momento, têm menor carga axiológica. Todavia, esta precedência não é absoluta, mas sim uma precedência condicionada, onde se leva em conta o caso concreto, e indicam-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma inversa (ALEXY, 1997, p. 92).

De todo o exposto, é forçoso concluir que, orientada por essa organização jurídico-normativa, a vida em sociedade é promovida pelo direito – que busca no ideal de justiça a resolução dos variados conflitos sociais – impondo regras de comportamento, as quais devem ser seguidas tanto pelos jurisdicionados quanto (e, principalmente) pelos aplicadores e veladores da lei.

Como fica evidente, a interpretação jurídica e a hermenêutica judicial fazem face aos direitos e às garantias indispensáveis à cidadania, confirmando os ideários mais mezinhos trazidos pela experiência do

constitucionalismo, de molde que os textos constitucionais são (ou deveriam ser) de freqüente apelo (e efetividade) pela valorização da pessoa humana e, com efeito, de promoção do bem estar de toda a coletividade.

Em conformidade com esta orientação, cria a Lei Maior expectativas para o cidadão que o fazem ter e manter, pelo menos em tese, um respeito ao poder outorgado aos integrantes do Poder Judiciário, esperando de sua atuação uma máxima efetivação dos valores na Constituição proclamados.

Assim é que, quanto à atividade do julgador, hão de ser observados os princípios indicativos para operacionalizar as diversas necessidades da sociedade, coadunados com os preceitos maiores elevados a norteadores de toda a atividade judicante. O magistrado deve orientar-se, pois, no seu labor, pela reprodução no provimento judicial das transformações sociais que surgem, construindo um ambiente de verdadeira proteção ao estado democrático de direito, conforme se estabelece no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2006, p. 19), onde se eleva o respeito à dignidade da pessoa humana a categoria de fundamento da República Federativa do Brasil.

2. AS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado deve ser visto como o ente que possui três funções: Legislativa, Executiva e Judiciária. Formação clássica que permite hoje a existência de órgãos suplementares e de fiscalização (Ministério Público, Tribunal de Contas). O Poder Judiciário, como os demais entes, possui importante papel neste ambiente estatal.

Os outros dois poderes são, na sua natureza, políticos; o Judiciário é, na sua essência, técnico. Enquanto a vontade do povo deve ser normatizada e aplicada, a atuação dos órgãos judiciais dá-se na análise de possível falha na aplicação da vontade popular (em forma de lei).

Celso Antônio Bandeira de Melo (1996, p. 70) disciplina que:

É o Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas.

Sobreleva notar o dever de respeito que se impõe ao Estado e aos particulares, no que se refere aos direitos fundamentais, e de modo particular, ao papel do Judiciário, por intermédio da hermenêutica constitucional. Neste contexto, conforme as lições de José de Albuquerque Rocha (1995, p.58), os direitos fundamentais são denominados a partir da força conferida pela Constituição Federal e por terem a função fundadora e legitimadora do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito; são direitos de indivíduos e de grupos sociais previstos na Constituição Federal do Estado, possuindo “garantia reforçada”. Neste percurso, menciona que:

Os direitos fundamentais tem por conteúdo uma ação ou omissão do Estado (registre-se, porém, o fato de que, no constitucionalismo europeu, hoje, é pacífica a idéia de que os direitos fundamentais, enquanto parte integrante da Constituição, obrigam não só os poderes públicos, mas, igualmente, os particulares). Os que têm por conteúdo uma omissão são típicos do Estado liberal. São os chamados direitos de liberdades. Os que têm por conteúdo uma ação são típicos do Estado social, são os direitos econômicos, sociais, culturais etc.

Compete expor, novamente, sobre a importância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade do controle jurisdicional, os quais se ligam, intimamente, a mecanismos oriundos da própria ação estatal para controlar, bem como para qualificar a atuação dos órgãos jurisdicionais, tudo no intuito de promover o bem comum dos seus cidadãos e assim resguardar os postulados ofertados pelos ideais do Estado democrático de direito e o resgate da justiça social nas sociedades atuais.

Quanto às funções estatais para consolidar os enunciados legais e principiológicos, diz-se que o nivelamento jurídico não eliminou as desigualdades sociais entre as pessoas, mas impôs ao Estado, como protetor dos direitos da cidadania, o dever de respeitar e disseminar o tratamento igualitário a todos os seus cidadãos.

O Estado, enquanto entidade jurídica e abstrata, lida com seus integrantes por intermédio de um ordenamento jurídico que se configura como expressão de uma meta de impessoalidade e busca do bem comum, como é explicitado no texto constitucional brasileiro vigente (BRASIL, 2006, p. 19-20), nos termos a seguir: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação.*” (grifos nossos)

Ademais, entende-se que, em tese, a ordem jurídica não distingue as pessoas por condição de sexo, cor, religião ou condição social e avalia os seus atos por um mesmo padrão de medida idealmente justa. Daí que mencionado padrão impõe procedimentos claros e também republicanos, acompanhados de uma essencial dose de rituais altamente formalizados para mediar todas as disputas e conflitos no âmbito da sociedade.

Por isso, fala-se da importância (e indiscutível utilidade) que reveste a força normativo-valorativa da Constituição. Sob sua inspiração, os entes públicos, em particular os entes legislativos incorporam nas leis infra-constitucionais uma série de valores e regras substantivas, que procuram dar

concretude efetiva para garantir o princípio do respeito à dignidade intrínseca à pessoa humana.

Nesse mister de cidadania, o Estado cria regras (normas e princípios) que visam a prestigiar o tratamento igualitário dos cidadãos, fortalecendo as garantias constitucionais, quando possibilita a proclamação de preceitos de interpretação mais ampla e construtiva, com a finalidade de promover o desiderato de inclusão social a ser reconhecido pelos poderes constituídos.

Outrossim, importa discutir a seguinte temática: se uma comunidade regida por valores democráticos percebe desníveis culturais, econômicos e sociais que afetam a igualdade perante a lei, é natural que surja uma certa pressão social para que o Estado não permaneça indiferente a eles.

Acresce notar, ainda, que junto com o objetivo do tratamento igualitário fomenta-se ainda um forte senso de solidariedade que a cidadania democrática inspira diuturnamente. Uma autêntica noção de pertencer a uma comunidade depende de que seus membros compartilhem de um universo cultural, e tenham acesso a um conjunto de bens essenciais a uma sobrevivência digna, sem o que restaria a sensação de descaso e abandono.

Dessa maneira, é que, em tempos hodiernos, a sociedade de espoliados, em especial, cobra constantemente uma atuação definitiva do Poder Judiciário a fim de ser um agente importante de transformação social e aplicador dos princípios trazidos desde a nova ordem constitucional brasileira.

Entrementes, dissertando sobre as relações estabelecidas entre as funções clássicas do Estado, Jose Luis Bolzan de Moraes (in: SANTORO, 2005, p. 11) remete a uma compreensão no sentido de que:

(...) à jurisdição se abre a possibilidade de promover atribuições de sentido aos textos constitucionais por intermédio de sua intervenção jurisprudencial, emergindo como atuação peculiar à consertação própria ao Estado Democrático de Direito, cujo caráter transformador incorpora um deslocamento no sentido de que a função jurisdicional do Estado como instância de realização do projeto de Estado presente no pacto constitucional.

Diante dessas considerações, o Estado democrático de direito deve preocupar-se com todos os valores que possam corroer suas pretensões de garantir a integridade moral e física de seus cidadãos, e o Judiciário não deve manter-se inerte a toda a problemática que atinge a grande massa de indivíduos privados da efetiva realização da dignidade humana.

A despeito disso, e em nome especialmente do resguardo da dignidade da pessoa humana, é que o Estado deve desenvolver ações efetivas na direção da promoção da igualdade de oportunidades a grupos e populações socialmente excluídas, por meio da disseminação e do fortalecimento institucional, bem como da articulação de políticas públicas promoventes da diversidade e da eliminação de todas as formas de discriminação.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Constituição Federal brasileira de 1988 adotou em seu artigo 1º, inciso III, como princípio absoluto e fundamento maior o respeito à dignidade da pessoa humana. Destacou, igualmente, que o Estado ou qualquer outra instituição ou pessoa não pode ultrapassar, ferir ou sacrificar referido princípio, visto ser um direito fundamental.

Na concepção jurídica, Ingo W. Sarlet (2007, p. 62) define a dignidade da pessoa humana como sendo a:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifos do autor).

Kildare Gonçalves Carvalho (2003, p. 280) disserta que a Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático, de conformidade com isso, entende que tal preceito quer significar não só um reconhecimento de valor do homem em sua dimensão de liberdade como tal, mas, principalmente, que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio.

Ainda, acresce Carvalho (2003, p. 280-281) que “o termo dignidade humana designa o respeito que merece qualquer pessoa”. Daí por que o princípio abrange não somente os direitos individuais, mas, sobretudo, os direitos de natureza econômica, social e cultural que garantem, de forma plena ou completa a cidadania na sua plenitude, além de condições dignas de vida e convivência. Destarte, diz respeito, também, à Ordem Econômica, bem como a outros dispositivos constitucionais.

Delpereé (1999, apud CARVALHO, 2003, p. 280) posiciona-se no seguinte sentido:

O direito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais). Consagra assim a constituir em favor do homem um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva depende de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

São inegáveis, deveras, as expectativas vislumbradas, a partir do texto constitucional brasileiro atual, pela variada gama de proteção ao indivíduo abarcada pelo conceito de dignidade humana, enfeixando em seu conteúdo, o respeito às posturas de existência e de auto-afirmação, como postulados da atuação do cidadão na sociedade.

Assim, todo ser humano tem preservada, a partir do estabelecido na Carta Magna e, também, frente a todos os poderes constituídos frente aos particulares, a prerrogativa da proteção a sua dignidade.

Conseqüentemente, reconhece-se ao cidadão que a pessoa é um ente invulnerável, não sendo permitido que seja objeto de ofensas, humilhações, desrespeito aos seus direitos, bem como a ter garantido o seu pleno desenvolvimento (em todas as áreas e em todos os aspectos), livre acesso aos bens e políticas públicas, o exercício da cidadania, entre outros direitos essenciais.

Fábio Konder Comparato (2000, p. 60), ao conceituar dignidade da pessoa humana, menciona que:

(...) o homem não é só o único ser capaz de orientar suas ações em função de finalidades racionalmente percebidas e livremente desejadas, como é, sobretudo, o único ser cuja existência, em si mesmo, constitui um valor absoluto, isto é, um fim em si e nunca um meio para a consecução de outros fins. É nisto que reside, em última análise, a dignidade humana.

Com efeito, a partir das clássicas lições da filosofia, sabe-se que o conteúdo do que se chama *dignidade humana* abrange essencialmente: o

reconhecimento do homem como ser superior, criador e medida de todas as coisas; a defesa e garantia da liberdade como valor prioritário e instância fundadora do direito; e, a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos, como condição imprescindível da instituição da sociedade e do Estado democrático.

Comparato (2000, p. 61) afirma que de qualquer forma, o reconhecimento de que determinada prerrogativa ou exigência apresenta a qualidade de um direito humano (e vale frisar que superior aos direitos particulares, já que é singularmente facilitado) quando há uma norma do ordenamento positivo (internacional ou interno), que o declara como tal.

Neste contexto, a ação do Estado Social e Democrático de Direito na atuação e concretização de políticas públicas tende a prever instrumentos capazes de inserir o homem no contexto do bem-estar em favor da promoção da cidadania, cabendo ao poder jurisdicional essencial contribuição e força necessária para alçar certas mudanças clamadas pela sociedade e pelos excluídos.

Existem, pois, conceitos, que não se podem olvidar no tocante a essa matéria, que são precisamente as questões do humanismo e do respeito à democracia, traços constitutivos da noção do direito, sob o ponto de vista axiológico.

Sob este prisma, constata-se que a dignidade da pessoa humana, princípio maior do Estado democrático de direito, no contexto da inaplicabilidade de políticas sociais includentes, visa a promover o *pleno bem-estar* e concretizar uma ordem econômica e social justa e cidadã.

A construção democrática, conforme aduz José Geraldo de Sousa Júnior (1997, p.76-81) formulou-se no imaginário social como novidade em busca de autonomia na Constituição. Ao menos quanto à cidadania, a dignidade da pessoa humana, começou a consolidar a dimensão coletiva e solidária para determinação do espaço social que cada indivíduo merece dentro da sociedade (siga ou não os padrões ditados como normais pela maioria).

Nesse contexto é que se faz coerente entender que a democracia designa o sentido de permanente ampliação dos espaços de emergência de novas liberdades e novos direitos, compreendido como obra inconclusa; possibilitando no contexto de transformações sociais, que cada vez mais indivíduosousem buscar no plano da atuação judicial o resguardo aos direitos que refletem a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se destes pressupostos, não é de se esquecer, ademais, que o Estado Democrático de Direito não pressupõe uma atuação estatal fraca e inerte em face das mutações sociais, porque ele mesmo atravessa de maneira inevitável, haja vista a complexidade das relações sociais.

Assim, perfaz-se, igualmente, imprescindível a conformação de um direito democrático (com vistas de maneira geral ao interesse público), para que se efetivem diante da lei os direitos essenciais ao ser humano (vida digna, alimentação adequada, livre orientação sexual, respeito do ser diante dos seus pares, acesso aos bens públicos).

Na exposição de Araújo *et al* (2006), compreende-se que ao Poder Judiciário (haja vista ser intérprete da Constituição Federal) cumpre dar a última palavra sobre como deve fluir o direito para tornar concreto o enunciado da norma jurídica, particularmente através do provimento jurisdicional. Arrazoa, ainda, no sentido de que:

Em que pese o reconhecimento da atribuição de implementar a justiça almejada pela população, pode-se afirmar que a função jurisdicional ainda permanece longe dos seus consumidores, haja vista o quadro de exclusão social que circunda, em especial, a realidade brasileira. Deste modo, tal situação impossibilita aos membros do Poder Judiciário - posto que ainda distantes dos jurisdicionados - conhecer a realidade que os cerca, comprovando que, se a sua imparcialidade é exigida, também a sua atuação e participação efetiva no contexto dos fatos sociais é curial.

Clèmerson Merlin Clève (in: SARLET, 2007, p. 21), acerca da essencialidade do constitucionalismo, a favor dos direitos da pessoa humana, entende que:

Está-se a referir, portanto, a uma *dogmática constitucional emancipatória e principiológica*, que toma o Estado não como

realidade em si justificada, mas, antes, como construção voltada à integral satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais de atuação positiva. Neste compasso, o Estado, desde o prisma jurídico, só guarda sentido quando a serviço da dignidade da pessoa humana. Logo, não são os direitos fundamentais que haverão de ficar à disposição do Estado (em particular das maiorias ocasionais). Antes, é o Estado que haverá de permanecer à disposição dos direitos fundamentais (...).

Deste modo, depreende-se que cabe ao Estado garantir a todos os cidadãos a aplicação prática de seus direitos, essencialmente aqueles que foram elevados à categoria de preceitos fundamentais, orientadores de toda a interpretação (aplicação) legal, constituindo-se sob a forma efetivadora da dignidade da pessoa humana.

Nesta conjuntura, os grupos de minoria, para que se façam valer diante de todos os seus direitos essenciais (de liberdade e de igualdade) relegados por uma cultura religiosa/tradicional, são levados a buscar no Judiciário a efetivação do seu direito fundamental à dignidade, o que apenas é conseguido quando se observam os princípios fundamentais (aparentemente mais distantes). Isto porque o Poder Judiciário tem mostrado traços de maturidade na questão do respeito ao direito das minorias, especialmente no que se refere à liberdade de orientação sexual, como será constatado adiante.

É neste aspecto que se deve erigir como condição indissociável ao princípio da dignidade humana o respeito ao “direito de ser diferente do convencional ou do aceitável por uma parcela da sociedade”. O direito de se posicionar, de se manifestar a vontade, o pensamento, ou ter tal ou qual comportamento ou estilo de vida, de ser contra a intolerância e a favor da diversidade, da pluralidade... Isto é ter a dignidade preservada.

4. O PODER JUDICIÁRIO COMO MANTENEDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Partindo-se do pressuposto de que a magistratura atua dentro do que o ordenamento jurídico prevê ou determina, compete esclarecer que a visão simplista da aplicação tão somente do justo e do equitativo, torna-se insuficiente ante os anseios da grande maioria dos que se encontram afastados da realização plena dos seus direitos mínimos (econômicos, sociais e culturais) e da dignidade humana.

Bonavides (in: SARLET, 2007, p. 15 – 16) sustenta que:

(...) a problemática do poder toda a porfia da legitimação da autoridade e do estado no caminho da redenção social há de se passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional, há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro se não aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Clève (in: SARLET, 2007, p. 21) destaca, por sua vez, que:

O direito constitucional do homem, do cidadão, da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, afasta-se daquele centrado, exclusivamente na figura do Estado, dele dependente, criatura servindo o criador, instrumento de governo que dá satisfação aos interesses das maiorias conjunturais.

Nesta visão clássica, o Judiciário é, de certa forma, penalizado no que toca às vedações aplicadas aos seus membros, mormente por serem tidos como aplicadores neutros do direito, posto que são diversas as contendas que recobram posicionamentos inovadores da magistratura, em especial no que se refere aos direitos à orientação sexual, sexualidade, união entre pessoas do mesmo sexo, entre outras temáticas ligadas às minorias excluídas sócio-culturalmente.

A Constituição Federal brasileira vigente, como é sabido por todos, impõe regras e princípios de força valorativa e cogente, pelos quais obrigam os poderes constituídos de maneira geral, e uma afronta a qualquer

princípio seu acarreta agressão à ordem constitucional como um todo. No entanto, pode-se afirmar que há um modelo defasado de interpretação jurídica no Brasil, no aspecto das tradicionais formas de ver os direitos humanos, e isso tem, de certo modo, adiado muitas transformações há tempos esperadas pela sociedade brasileira. Sobre esse tema, Rocha (1995, p. 116) problematiza que:

(...) ao invés de utilizar a Constituição para interpretar as leis, os juízes continuam utilizando a lei para interpretar a Constituição. É um caso típico de inversão da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, a confirmar a imensa necessidade que tem o juiz brasileiro de assumir a Constituição como guia que deve orientá-los nas suas opções interpretativas, por ser a norma que define o sentido de todo ordenamento jurídico.

Enfatiza José Afonso da Silva (1996, p. 35-36) que a Constituição, em seu conceito estrutural,

(...) há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá se a considerarmos desgarrada da totalidade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre sujeitos e instituições sociais e políticas.

Ademais, conceitos sociais e culturais pré-formulados acabam por compelir o julgador a agir, muitas vezes, de maneira discriminatória, afastando a sensibilidade necessária para solução dos conflitos postos a sua análise, como quando, por exemplo, envolvem relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo. A neutralidade exigida do juiz, na maioria das vezes, deságua em discriminação, e as expectativas de proteção social de grupos minoritários ficam à mercê das arbitrariedades ou das omissões do Estado, sem que seja reservada a segurança jurídica necessária para a sua situação.

Ao abordar a questão da discriminação Piovesan (2007, p. 220) afirma que:

(...) a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e

liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Conseqüentemente, a discriminação significa sempre desigualdade.

Neste aspecto, válido citar Paulo Bonavides (in SARLET, 2007, p. 15), que reconhece a importância e o conteúdo ético que a dignidade da pessoa humana representa, trazendo a lume que:

Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da consciência, na vida e na *praxis* dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são do mesmo passo titulares e destinatários da ação do governo, representam exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.

Por outro lado, Vinícius Batista Soares (2006) adverte que os juízes, ao interpretarem os princípios fundamentais enquanto atividade tendente a concretizar e realizar valores, reduzem, pois, a possibilidade dos cidadãos de decidirem, só por si, o que é, ou deixa de ser, bom para si próprios, além de suprimir a carga mandamental, vinculante, de obrigatoriedade dos direitos. Neste diapasão, afirma que:

(...) o Tribunal, ao assimilar o direito à moral, à religião e aos valores faz a existência da democracia depender de um ideal comunitarista, em que os membros de uma sociedade política, para tanto, devam compartilhar os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo.

O dissenso, nesta hipótese, irremediavelmente, será combatido de forma impiedosa, ao fundamento de que os valores que lhe subjaz não encontram guarida naquilo que os juízes decidiram como o que é bom, o que está de acordo com os “valores constitucionais”. Os Tribunais assumem, então, o papel de guardião da “moral” e dos “bons costumes”, desconsiderando que os valores expressam relações de preferência em determinada cultura, o que torna altamente problemática a possibilidade de sua imposição de forma cogente pelos juízes.¹⁰

¹⁰ Ao introduzir o trabalho, o mencionado autor realça: *A tortuosa relação entre a prática decisória dos juízes e a esfera jurídica de liberdade que se deve reservar às pessoas, no*

No entanto, ainda é majoritária na doutrina constitucional a tese do Poder Judiciário como agente importante de mudanças positivas no meio social, não obstante perdure a necessidade de empreender-se a promoção da cidadania para todos indistintamente, independente de orientação sexual.

Ao analisar acerca do modelo clássico de Poder Judiciário ainda vigente no Estado brasileiro e, ainda, acerca das responsabilidades sociais da magistratura, José de Albuquerque Rocha (1995, p. 60) assevera que:

Outro efeito prático-social procedente do modelo tradicional é afastar o juiz do povo, pois, imaginando exercer um poder 'técnico' e não político, sente-se desvinculado do titular da soberania, inclusive, quanto a responsabilidades pelos resultados sociais de suas decisões. Ao mesmo tempo em que se distancia do povo, a magistratura, principalmente dos tribunais, 'aproxima-se' cada vez mais do círculo do poder político e econômico o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua 'dificuldade' de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem os interesses dominantes.

Sob esta ótica, entende-se ser mais razoável à magistratura, em sua totalidade, perfazer-se atuante (revisitando o dogma da inércia que o cerca), sob o viés da legalidade e da principiologia jurídica observada no texto constitucional vigente. Importa ao Judiciário, nesse contexto, sair de sua tradicional intangibilidade e se fazer investigador das causas e coadjuvante das transformações esperadas pela sociedade em nome e em respeito à lei.

Sobre a importância e força valorativa da Constituição, Rocha (1995, p. 114) afirma que:

(...) o magistrado é chamado pela Constituição a colocar-se diante das leis, não mais como um 'descobridor' de um sentido que se acreditava já existente nelas, mas como um investigador, que tem o poder-dever de pesquisar os valores das leis em função dos valores constitucionais para repulsar a aplicação das que impliquem valores contrastantes com os constitucionais.

tocante a tomada de decisões relativas a assuntos pessoais, de foro eminentemente privado, num mundo altamente diferenciado, complexo, contingente e plural - no qual a possibilidade de assentar consensos ético/substantivos, a não ser temporários, se mostra altamente problemática - constitui [tal relação] o objeto de análise a ser aqui desenvolvido, tendo em conta incipiente crítica a certa concepção teórica estrangeira, a doutrina alemã da ponderação de bens/valores, que pretende fazer crer existir na Constituição uma suposta "dimensão objetiva" referente a valores.

Por isso que essa visão de força valorativa da Constituição é compartilhada também por Ingo W. Sarlet (2007, p. 80), para quem:

(...) a nossa constituição – pelo menos de acordo com o seu texto – pode ser considerada como sendo uma constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que, não raras vezes, este dado venha ser virtualmente desconsiderado.

Daí porque a dignidade humana é um critério definidor substancial da ordem jurídica por intermédio das próprias funções do próprio poder do Estado. Por isso, razoável é o posicionamento de Sarlet (ibid., p. 100, 101), no sentido que:

(...) os direitos a prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) correspondem, ao menos em regra, às exigências e constituem – embora em maior ou menor grau – concretizações da dignidade da pessoa humana, mas também pelo fato de que da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não-violação), mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado inclusive (...) por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial.

Apresenta-se razoável a assertiva de que a hermenêutica constitucional decorre da óbvia necessidade de aplicar a Constituição, por conta da sua força normativa. À evidência, Rocha (2002, p. 118) destaca que:

(...) ao dotar o texto constitucional de substância, os juízes devem desenvolver uma fundamentação racional e expressa de suas decisões, mostrar e demonstrar que utilizam esse importante poder dentro do marco constitucional e precisamente para dar maior efetividade aos valores fundamentais da Norma Suprema.

Dessa maneira de conceber o Estado e a partir da maneira de utilizar e interpretar a Constituição da Dignidade Humana como construtora da realidade, o juiz, repita-se, deve ser atuante de molde a participar da sociedade. Em outras palavras, viver e conviver com o meio (os conflitos sociais) que lhe servem de objeto de trabalho. Não apenas a lei lhe é fonte e matéria-prima, mas, principalmente, o modo de entender e de interpretar nos fatos sociais, os princípios constitucionais, tudo em favor dos jurisdicionados,

salvaguardando a liberdade e promovendo a igualdade às pessoas e aos grupos sociais e fazendo cumprir a Lei Maior.

Diante disso, o modelo do juiz aplicador mecânico de leis entra em crise, quando são focadas a sua formação insuficiente no que se refere à sua promoção ideológica (que é caracterizada pelo positivismo e leva em conta o legislador como fonte soberana e única do direito) e, especificamente, a sua insuficiência para manejar normas principiológicas (posto que são entendidas como programas políticos destituídos de valor jurídico), conforme critica Rocha (1995, p.103).

É, pois, a hermenêutica constitucional tida moderna que exige um perfil interpretativo por parte dos agentes do Poder Judiciário na busca da amplitude dos direitos fundamentais, em especial os que tangem aos direitos fundamentais da pessoa humana. Destarte, é curial transcrever as seguintes palavras do professor Rocha (1995, p. 115):

(...) a interpretação das normas ordinárias a partir dos valores e princípios constitucionais, abre perspectivas imensas para o trabalho judicial, posto que supõe o reconhecimento explícito do valor normativo da interpretação judicial, para além dos termos próprios da legislação ordinária. O juiz deixa de ter um papel passivo na sua relação com a lei e passa a atuar com relativa independência em face dela, de vez que está submetido a uma vinculação mais forte com os preceitos constitucionais.

Rocha (2002, p. 116) defende, portanto, o “princípio de que o trabalho hermenêutico do juiz não obedece rigorosamente ao esquema do silogismo, mas inclui elementos valorativos”, porque entende que o trabalho do magistrado para elaboração do provimento jurisdicional comporta necessariamente a busca por opções de valores postos pelo ordenamento jurídico para fixar o conteúdo da norma ao caso concreto. Sobre a neutralidade do juiz, preleciona, ainda, que:

(...) o juiz tem um papel criativo na interpretação do ordenamento jurídico em geral, pois há sempre a possibilidade da interferência de valorações próprias, não sendo, pois, um mero aplicador mecânico dos textos produzidos pelo legislador.

Obviamente, deve o julgador, nos momentos em que existam situações de ofensa (ou de omissão legal) às liberdades das minorias sexuais, atuar de maneira progressista e de espírito aberto (FERNANDES, 2004, p. 81), fazendo valer, diante da realidade social atual, o texto constitucional em prol da dignidade humana.

Demais disso, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 64), por sua vez, identifica as ações do Estado com o fundamento maior da dignidade da pessoa humana. Assim, chega a afirmar textualmente, como a seguir:

(...) a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade de assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*). Assim, antes tarde do que nunca – pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio -, a dignidade da pessoa e, nesta quadra, a própria pessoa humana mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.

Reconhecida a faceta dogmática e estanque que cerca os princípios das funções do Judiciário (em especial, a imparcialidade), os contornos do Estado Social são, deveras, retomados com a finalidade de agasalhar os ideais aí identificados, perante a conformação da justiça social (por meio das políticas públicas essenciais ao livre exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana), não sendo tais enunciados indiferentes à questão dos direitos ligados a não discriminação pela orientação sexual, por exemplo.

José Reinaldo Lima Lopes (2005, p. 70), no seu trabalho intitulado *Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário*, entende que:

Outra espécie de mudança fundamental no Estado brasileiro é a constitucionalização de inúmeros conflitos sociais e coletivos. Assim, de uma ordem garantista, em que o acesso ao Judiciário se restringiria a pedir proteção para a conservação do que já se tem, passamos a uma ordem promocional, em que se poderia recorrer ao Judiciário para se obter o auxílio que ainda não se tem.

Focado nas lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha (que considera a dignidade coração do patrimônio jurídico da pessoa humana) e Juarez Freitas (por considerar a Constituição o coração jurídico e institucional de um Estado), Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 148) obtempera que:

O princípio da dignidade da pessoa humana em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guardem e protejam com todo zelo e carinho este coração de todo sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha a estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade.

Deste teor, busca-se construir na realidade sócio-jurídica do Brasil a efetivação pelo Estado, principalmente por intermédio da atuação dos tribunais, dos direitos fundamentais, em especial daqueles preceitos mínimos para uma sobrevivência digna e de liberdade do pensamento, da vontade. Os cidadãos conclamam para concretização de todos os seus anseios, materializando, portanto, aqueles ideais de dignidade e igualdade inscritos na Constituição Federal e apregoados nas mais célebres cátedras e nos movimentos sociais.

Neste prisma, não se adota um modelo de Constituição de Estado com juízes benevolentes e caridosos socialmente, mas o que importa é o reconhecimento dos direitos e das garantias da pessoa humana como fruto de muitas lutas e revoluções.

Assim, afasta-se a idéia de Poder Judiciário “salvador da Pátria” e se adota um modelo de Judiciário responsável também pelas mudanças sociais e fazendo valer direitos para além das conquistas obtidas no plano legislativo brasileiro.

Dessa maneira, a magistratura faz parte de um meio social que está constantemente em transformação e isso recobra da sua atuação respostas equânimes aos anseios sociais, com vistas à aplicabilidade e o respeito à Constituição Federal e, em particular, aos direitos humanos

relacionados à sexualidade, livre orientação sexual e união civil entre pessoas do mesmo sexo.

5. O DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL E A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Conforme já sustentado, ganha força a discussão sobre as funções do Poder Judiciário na efetivação de uma “ordem jurídica justa” para todos, notadamente, no que tange à cidadania das pessoas homossexuais e, também, de outros grupos marginalizados, a se operar no ordenamento brasileiro pautado no reconhecimento e proteção à diversidade, como garantia de que os direitos deste grupo sejam salvaguardados, especialmente o direito à orientação sexual.

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

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

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

É com esse espírito de cumprimento do preceito constitucional que o STF (Supremo Tribunal Federal) já se posicionou que: “A ordem jurídica constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível” (BRASIL, 1997).

Ora, é em respeito à igualdade, como forma de concretizar na prática os objetivos timbrados no texto constitucional brasileiro (BRASIL, 2006, p. 19-20), que os mais variados casos postos diante do Poder Judiciário (com ou sem previsão legal) deverão ser solucionados tendo como base o princípio

da dignidade humana, para que se possa tornar efetivo às minorias o seu direito à auto-afirmação (à orientação sexual):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;

Apesar desta proteção constitucional a todos conferida existem ainda magistrados que relutam em vislumbrar na letra da Constituição o amparo a que todos (homossexuais, transexuais e, até mesmo, heterossexuais) fazem jus.

É, pois, através da efetiva aplicação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, em especial, que as conquistas para os direitos das minorias têm sido realmente garantidas de maneira mais ampla, em prol de grupos sociais segregados de molde a quebrar certas formas tradicionais de cultura e preconceitos. Embora se reconheça, majoritariamente, o direito à livre orientação sexual como inerente à condição humana (intimamente ligada ao respeito à igualdade e à dignidade), algumas pessoas repudiam qualquer forma de união familiar que se afaste do padrão dito tradicional, pura e simplesmente por preconceito (explícito ou velado) ao que é diferente.

Dessa forma, o direito previdenciário, das sucessões e, inegavelmente, o direito de família¹¹, vislumbrados, principalmente, sob o prisma da sexualidade, tem exurgido como temas em alta nos círculos acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais, em virtude da especialidade com

¹¹ A família foi edificada como a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado (CF. 88, art. 226). Entretanto, antes de adentrar em estudos mais aprofundados, devemos, inicialmente, indagar: o que é família? A família, em sentido lato é constituída pelas pessoas ligadas por consangüinidade, em sentido estrito, os cônjuges e a prole. Denomina-se também família ou entidade familiar a chamada união estável entre e o homem e a mulher, bem como a família monoparental, consistente na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF. 88, art. 226 §§ 3º e 4º).

que os cientistas do direito têm se dedicado às questões que visam proteger esta nova forma de constituição familiar.

É neste sentido que se impõem inúmeras decisões no sentido de que os diversos conflitos que têm como plano de fundo uma relação duradoura e contínua, com ânimo de constituição de família, sejam discutidas perante as varas especializadas da família, como foi entendido pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Stenka Isaac Neto (TJ-GO, 2006):

A entidade familiar envolvendo a homoafetividade não pode trilhar o caminho da estigmatização, do preconceito ou de uma doença. Nenhuma dessas medidas solucionará as questões oriundas do rompimento dessas uniões.

Novos e os mais diferentes casos são levados diuturnamente aos órgãos judiciais. As mais variadas pretensões reclamam novas formas de interpretar e aplicar direitos, de modo a abarcar as questões de orientação sexual sob o enfoque na proteção dos direitos humanos das pessoas homossexuais.

É inegável que, nesta senda, deve o Poder Judiciário salvaguardar as conquistas de grupos sociais hipossuficientes que lutam contra a opressão da tradicional cultura dominante e religiosa que impera no Brasil, seja nos discursos políticos ou na mídia. Ora, o tema da diversidade sexual é, na maior parte das vezes, discutido sob uma vertente não jurídica, mas sim dogmática e, não raras vezes, preconceituosa por parte de determinadas religiões ou certos movimentos sociais ou por pessoas incultas (neste sentido vide o anexo I).

Compete, inclusive, estabelecer uma observação atenta a essa realidade, de molde que as justificativas doutrinárias aqui levantadas sejam, sobremaneira, de valia para embasar a mencionada realidade pela qual gravitam os anseios dos grupos espoliados e discriminados. Por isso é que se procede a um levantamento das decisões e de procedimentos judiciais que transcorreram (ou transcorrem) nas mais diversas regiões do Estado brasileiro, para que o presente estudo tenha plausibilidade e cunho científicos.

Aviltados em seus direitos e garantias, muitas pessoas homossexuais têm buscado no Poder Judiciário a proteção que lhes é negada através da omissão legal.

Com efeito, é na Justiça que certas ações afirmativas de proteção a estas pessoas têm se multiplicado em virtude do preconceito e da discriminação de que são vítimas e pelo fato de se esperar das instituições públicas (em particular, o Poder Judiciário) a proteção aos seus direitos. Neste sentido, faz-se importante observar as decisões da 5ª Câmara Cível do TJ-RS (2007), da 6ª turma do TRT-SP (2007) e do TRT-PB (2007).

No primeiro provimento judicial (TJ-RS, 2007), um casal composto por dois homens que vivem em comunhão afetiva, foi indenizado em virtude de terem sido alvo de discriminação por parte de um vizinho, tendo este a obrigação de pagar uma indenização por dano moral no valor de R\$ 14.111,00 (quatorze mil cento e onze reais).

O segundo caso de decisão judicial (TRT-SP, 2007) é o de um empregado em um laboratório que foi demitido em razão de sua orientação sexual (tendo sido provado nos autos do processo); a empresa empregadora, o Laboratório Bioquímico de Análises Clínicas Jardim Paulista, foi obrigada a pagar uma indenização também por dano moral no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

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

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

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

Não se deve esquecer, por outro lado, do que se viu em caso de notória publicidade, onde um jogador de futebol de clube de renome nacional a quem foi atribuída o “estigma” pejorativo de homossexual e que, ao tentar buscar a tutela judicial, teve o processo arquivado e, na sentença, o juiz da causa explicitou discriminação e preconceito contra a causa dos homossexuais em cada um de seus argumentos (*vide anexo II*). Diante desse posicionamento, o mesmo magistrado Manoel Maximiano Junqueira Filho foi chamado a prestar esclarecimentos diante do Conselho Nacional de Justiça em virtude de sua atitude eminentemente homofóbica (RIBEIRO, 2007).

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

Conforme define Raupp Rios (2002, p. 119-120), a homofobia “designa o distúrbio psíquico revelado por aqueles que experimentam medo ou ódio irracionais diante da homossexualidade”. Desta conceituação faz-se curial a ênfase no sentido de que “a plenitude da cidadania por homossexuais depende da superação das premissas assentes nos princípios de justiça da sociedade que considera a heterossexualidade moralmente superior à homossexualidade” (RIOS, 2002, p. 122), o que é rechaçado pela própria concepção de igualdade e de dignidade a que a legislação pátria é subordinada.

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

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

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

Todavia, em respeito à diversidade de orientação sexual, a juíza da 1ª Vara Civil de Campina Grande, Maria Emília Neiva de Oliveira, determinou a retirada da publicidade homofóbica e suspendeu, também, o manifesto contra o “homossexualismo” que seria realizado (TJ-PB, 2007). A juíza acolheu a pretensão contida na ação com pedido de liminar da Rede Nacional de Pessoas Vivendo e Convivendo o HIV/Aids, com o apoio de várias entidades que defendem os direitos dos homossexuais na cidade e da Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transexuais (ABGLT).

O material coletado, portanto, foi obtido, além dos dados ofertados pela internet, no sítio eletrônico da Justiça Estadual da Paraíba, a partir do fornecido pelo orientador deste trabalho e assessor jurídico da entidade que ajuizou a pertinente Ação Cautelar Inominada Judicial, o professor do CCJS/UFCG Robson Antão de Medeiros (*vide anexo III*).

Ademais, o caso possui relevância prática, porque coaduna-se com os imperativos de inclusão social que exigem da magistratura

engajamento no sentido de minorar as mazelas sociais pelas quais sucumbem, em tempos hodiernos, grande parte dos cidadãos brasileiros vítimas da omissão preconceituosa e nitidamente discriminatória de algumas pessoas, grupos sociais e até mesmo do poder público, que muitas vezes pode sonegar direitos postulados.

Hodiernamente, fala-se no gradativo reconhecimento e positivação da dignidade da pessoa humana, como proposto por Sarlet (2007, p. 67):

(...) irreversível tendência a ser saudada com entusiasmo e esperança, sem que com isto se esteja recaindo na ingenuidade de reconhecer que a positivação jurídica, por si só, não tem o condão de impedir violações concretas da dignidade das pessoas.

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

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

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

Ao chamar atenção acerca da missão de resguardar e realizar a dignidade da pessoa humana, por intermédio dos órgãos do Poder Judiciário, Sarlet (2007, p. 26-27) afirma que:

(...) diante do compromisso assumido formalmente pelo Constituinte, pelo menos – nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrente da dignidade da pessoa – restará uma perspectiva concreta, ainda que mínima, de efetivação por meio dos órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que lhes assegurar as condições básicas de seu desiderato. (...) A dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano, e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, é que o respeito e a proteção à dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

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

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

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

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

Corroborando o pensamento vanguardista no que toca o reconhecimento e o tratamento igualitário às uniões homoafetivas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2006), deferiu o pedido de duas mulheres que vivem em comunhão afetiva para que adotassem uma criança em nome das duas, nos termos que seguem:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

O respeito à dignidade da pessoa humana, atestado por intermédio da decisão judicial, constitui medida garantidora da inclusão social, voltando-se, portanto, à promoção da igualdade social, conforme prescrito nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito. Inclusive, Sarlet (2007, p. 130) menciona que:

(...) ninguém será capaz de negar que entre nós – e lamentavelmente cada vez mais – a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida seja pelo incremento assustado da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições

existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade.

É elemento social intocável, até então, o instituto do casamento, donde o entender jurídico, sob o enfoque da interpretação literal, lógica e histórica, compele a apenas ser aceita a união entre homem e mulher, não havendo, aparentemente, a possibilidade jurídica de reconhecimento de outros tipos de uniões com o fim de constituir família. Entretanto, a realidade vem mostrar exatamente o oposto aos silogismos criados por este tipo de interpretação das leis. Afinal, trata-se de diretriz normativa que deflui do texto constitucional e que a sociedade brasileira não poderá jamais olvidar.

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

Atendo-se apenas a uma interpretação literal, destoada da realidade e voltada apenas para os dogmas culturais e preconceituosos da cultura brasileira, poder-se-ia afirmar que o art. 226, da Constituição Federal, corrobora aquela visão destoante de que é impossível aceitar-se a união homoafetiva como entidade familiar nos moldes constitucionais que impescindem da proteção estatal, como a base do Estado democrático de direito brasileiro.

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

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

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

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

Imperioso explicar o ensinamento de Ingo W. Sarlet (2007, p. 44), para quem

(...) a jurisdição constitucional quando provocada para intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas.

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

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

No sentido de proteção aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, posicionou-se a juíza Diana Brustein, da 7ª Vara

Federal Cível do Estado de São Paulo, ao reconhecer o direito ao seguro obrigatório para companheiro homossexual de vítima de acidente de trânsito, como dependente preferencial, equiparando seus direitos aos dos companheiros heterossexuais (DIAS, 2006, p.58), decisão cujos efeitos foram expressamente comunicados a todas as filiais da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), responsáveis pelo pagamento da indenização do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT). Conforme noticiado no sítio eletrônico da Revista Jurídica Última Instância (2006), para a juíza:

(...) princípios fundamentais da Constituição, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade, embasam a decisão e reconhecem o direito "personalíssimo à orientação sexual e a legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva".

É neste âmbito de proteção à orientação sexual, em primeiro plano e no reconhecimento do afeto como elo entre os indivíduos que compõem o núcleo familiar, que o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) reconheceu a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988 em face de deputada federal do Estado do Pará, cassando a sua candidatura à prefeitura do município de Viseu – PA, em virtude de a deputada manter um relacionamento homoafetivo com a atual prefeita reeleita do município (BRASIL, 2004). Desta forma, ao se admitir que os vínculos homoafetivos repercutam na esfera eleitoral, a ponto de gerar a presunção de que pode haver interesses políticos comuns, não há como deixar de reconhecer que essas relações compõem verdadeiras "entidades familiares" e que devem, como tal, ser reconhecidas pela Justiça.

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

Ora, a parcela da sociedade desprotegida (principalmente, abrangida por todas àquelas sucumbidas por ações discriminatórias) está de alguma forma afastada da realidade social que privilegia alguma camada superior da hierarquia social. Assim, esta parcela excluída clama cada vez mais por proteção judicial (*vide anexo IV*), com o objetivo de articular suas próprias ações com outras políticas existentes no âmbito do Estado brasileiro, no intuito de dar efetividade aos direitos humanos rotulados na Constituição Federal de 1988, para que se cumpram e se façam cumprir os preceitos proclamadores da dignidade da pessoa humana e da igualdade de tratamento.

Ações afirmativas são necessárias para que sejam equiparados em direitos às pessoas homossexuais e heterossexuais, de modo que a justiça social se efetive, não apenas através do Judiciário, mas principalmente na regulamentação legal necessária.

Veja-se a ponderação de Taísa Fernandes (2004, p. 81-82), para quem:

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

Pontual faz-se aduzir que, em meio a tantos clamores, aos poucos o reconhecimento legal das relações homoafetivas é evidente, muito embora o seu regramento inexista. Tem-se em conta o art. 2º da Lei 11.340 (BRASIL, 2006), da chamada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher, que rege: "Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana". O parágrafo único do artigo 5º afirma que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A evolução social compôs novos paradigmas e avanços acerca de instituições sociais e tem fomentado veementes alterações no contexto da ordem social e constitucional que acabam por exortar da legislação pátria um desenvolvimento abrangente no que se refere a todas estas transformações. Chegam, pois, ao Poder Judiciário, principalmente, clamores de uma minoria - discriminada e também alvo de preconceitos - que deseja ver aplicados os preceitos constitucionais de garantia e de promoção da sua dignidade.
2. Quando consideradas as necessidades a serem resguardadas aos grupos discriminados, composto por pessoas que tem orientação sexual diferente da "convencional", tem-se em conta que a interpretação e a aplicação da lei e da Constituição Federal de 1988 devem ser guiadas pelo respeito irrestrito à tutela da dignidade da pessoa humana.
3. A interpretação jurídica deve ser conduzida inicialmente por aqueles princípios anteriormente mencionados e vislumbrados, um a um. A lei vista sob o seu aspecto apenas gramatical é cega, pois não leva em consideração o mundo jurídico e social que lhe envolve. Os métodos de interpretação lógico, sistemático e histórico são de indiscutível importância, mas não serão apenas eles que conduzirão a uma interpretação justa e ligada à realidade social (que reclama efetividade na aplicação das leis).
4. É o método sociológico ou teleológico que poderá despontar a interpretação legal imiscuída das necessidades sociais que defluirão na aplicação da lei coadunada à evolução jurídica que a ordem legislativa, por aversão a realidade, teima em acompanhar, não obstante os incansáveis clamores sociais, em especial daqueles que se vêem frustrados da fruição de seus direitos existenciais mínimos.
5. Quem se dedica ao estudo do direito, sob a égide de um sistema jurídico que tem como foco o ser humano não deve permitir que passem despercebidos os valores da dignidade, que merecem respeito acima de tudo.

6. É inegável a efetivação do direito à cidadania plena, pela qual passa pela garantia da livre expressão da sexualidade e, também, pela liberdade de orientação sexual, inserindo-a como uma afirmação dos direitos humanos em um Estado democrático de direito.

7. O direito de igualdade é orientado, quando da aplicação/interpretação da lei pelo Poder Judiciário de modo a equiparar ou diferenciar a heterossexualidade/homossexualidade, eliminando as discriminações. Ao passo que a heterossexualidade é tida como padrão legítimo e normal de conduta, além de confortável parâmetro de identificação, a homossexualidade designa, no equívoco de algumas pessoas e de estudiosos, precisamente o oposto: “desvio de conduta e estigma de identidade marginal”, como se as pessoas que têm orientação sexual diversa não fossem dignas de ter os seus direitos protegidos.

8. São persistentes as resistências ao que é ‘diferente’. O juiz, muitas vezes, se perde em meio a valores não jurídicos, adentrando em uma esfera moralista, como se lhe coubesse a guarda dos bons costumes, unindo-se da função de punir com a pena de banimento de direitos quem foge dos padrões “normais”. Vê-se, desde logo, que esta tendência tem arrefecido e a concepção do Poder Judiciário, em sua maioria, tem resguardado os direitos correlatos à orientação sexual.

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

10. Imperiosa é a normatização dos vínculos afetivos quando se trata de pessoas homossexuais, isso com a atribuição de direitos, em especial. Da mesma maneira, injustificável aponta-se a omissão do legislador; oportunidade em que a feita legislativa neste sentido torna-se curial, uma vez que

preenche o espaço da definição de valores criados pelos seres humanos, além de vincular a magistratura no afã de julgar os casos concretos.

11. A enorme dificuldade da jurisprudência em superar o óbice constitucional para albergar o direito fundamental à sexualidade e o relacionamento homossexual, de modo particular, no conceito de família, vem sendo mitigada pela doutrina, que passou a enfrentar o tema de maneira corajosa e arrojada. Tornou-se, assim, copiosa a bibliografia, trazendo preciosos subsídios para vencer a resistência não só dos operadores do direito, mas do próprio legislador e da sociedade, que vem se mostrando mais tolerante com a diversidade.

12. Como o direito raramente antecipa-se aos fatos sociais, cabe ao Poder Judiciário solver os conflitos que lhe são trazidos, atentando aos princípios fundamentais vinculados pela ordem constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana. Incabível que convicções de ordem subjetiva do julgador o impeçam de atribuir efeitos jurídicos à situação, a determinadas relações sociais, pelo só-fato de serem minoritárias; insensato e injusto que sejam relegadas à margem da juridicidade.

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

14. Entende-se que a expansão da cidadania social implica para além de uma ação efetiva dos poderes públicos e da pressão popular, um tipo de mudança cultural, no sentido de provocar o que está mais enraizado nas mentalidades marcadas por preconceitos, por discriminação, pela não-aceitação dos direitos de todos, pela não-aceitação da diferença.

15. Indispensável reconhecer que os vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo são muito mais do que meras relações homossexuais. Na

verdade, estas configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, mas sim, deve ser cuidada pelos conceitos do Direito, sob pena deste falhar como Justiça. O Estado deve dar juridicidade aos cidadãos que tem direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, acima de tudo, direito à felicidade.

16. Os conflitos atuais verificados no seio da nossa sociedade e sua possível solução, sob o color dos ideais de justiça social, conferem à magistratura brasileira, em particular, a exigência constitucional de engajamento social em prol dos valores e preceitos dignificadores da pessoa humana. Sob esta ótica, o Poder Judiciário encontra-se cobrado nas suas tarefas de promoção da cidadania, principalmente através do processo da observância à aplicabilidade dos direitos fundamentais.

17. Todas as conquistas alcançadas até hoje devem ser ampliadas para que não sejam protegidos apenas em casos isolados que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário (há casos de pessoas que não buscam o Judiciário por medo de represálias, por saber da morosidade peculiar nesta arena, entre outros motivos). Deve, sim, haver um reconhecimento legal, expresso claramente delineado pelo Estado, de molde a facilitar a atuação dos órgãos julgadores, sendo norteado, portanto, para a satisfação dos direitos das minorias sexuais, em conformidade com os postulados constitucionais de igualdade, liberdade e solidariedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

ARAÚJO, Jailton Macena, et al. Poder judiciário e o desvelamento da norma jurídica: breve reflexão sobre a supremacia da jurisdição. In: *Seminário de Pesquisa do CCSA: Universidade, Direitos e Diversidade - Anais*, Natal – UFRN, 2006 – CD-Rom.

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

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

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

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

_____, Lei nº. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>>. Acesso em: 5 out. 2007.

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

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 9ª. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder: *Fundamentos dos direitos humanos: a noção jurídica de fundamento e sua importância em matéria de direitos humanos*. In *Revista Consulex*. Ano IV – nº48. Brasília. Dezembro/2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Apresentação. In: SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

CRUZ, Pe. Luiz Carlos Lodi da. (Des)orientação sexual: a reivindicação de um falso direito. Anápolis, 9 set. 2001. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/desorsex.htm>> Acesso em: 9 out. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004.

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

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

— FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais: efeitos jurídicos*. Editora Método. São Paulo. 2004.

[HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual – a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. Editora dos Tribunais. São Paulo, 2002.

Justiça garante indenização do seguro obrigatório a companheiro homossexual. *Última Instância revista jurídica*. São Paulo, SP, 26 março de 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/26404.shtml>>. Acesso em 13 set. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. FARIA, José Eduardo (Org). São Paulo: Malheiros, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Prefácio. In: SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito*. Trad. Maria Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

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

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

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

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Joseli. Juiz que arquivou processo de Richarlyson vai ter que se explicar ao TJ-SP. *Última Instância revista jurídica*. São Paulo, SP, 15 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/41099.shtml>>, Acesso em: 12 set 2007.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº. 70014074132, 5ª. Câmara Cível, Porto Alegre: 25 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº. 70011120573, Porto Alegre, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=264635>. Acesso em: 5 out. 2007.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual – a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. Editora dos Tribunais. São Paulo, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Hermenêutica constitucional e judiciário. In: *AIDCE – Revista ibero-americano de direito constitucional econômico*. Ano I, nº. 01. Fortaleza. Abril. 2002.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. Últimas Notícias: *demitido por ser homossexual é indenizado em R\$ 15 mil*. Processo nº. 00742200201902009, Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº. 20071014606. São Paulo: 12 jul. 2007. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/1capital_civel.asp>. Acesso em 13 set. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2007936. São Paulo: 5 jul. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2007.

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

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

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Ética, cidadania e direitos humanos: a experiência da constituinte no Brasil. In: *Revista Centro de Estudos Judiciários* 1, v.01, nº. 01, Brasília-DF, jan/abr, 1997.

SOARES, Vinícius Batista. Breves considerações acerca da problemática que envolve a aplicação da jurisprudência de valores. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 8, n. 78, abril / maio 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Vinicius_rev78.htm#29>. Acesso em: 17 jun. 2007.

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

ANEXOS

ANEXO I – TEXTO (DES)ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	66
ANEXO II – SENTENÇA PROCESSO Nº. 936/2007, TJ-SP.....	70
ANEXO III – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E DECISÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSO Nº 20070101058, TJ-PB.....	74
ANEXO IV – NOTÍCIA DIVULGADA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO STJ	79

ANEXO I – TEXTO (DES)ORIENTAÇÃO SEXUAL

(DES)Orientação Sexual: a reivindicação de um falso direito¹

Há quem pense que o mais perigoso de todos os projetos de lei contra a família brasileira seja o PL 1151/95, da ex-deputada federal Marta Suplicy (PT/SP), que "*disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências*". Justamente por ser tão agressivo, ao tentar instituir o "casamento" de homossexuais (disfarçado sob o nome de "união civil" ou "parceria registrada"), este projeto tem suscitado uma reação violenta. "*O projeto de lei, de 1995, já entrou na pauta do dia 14 vezes e nunca foi votado. Só em maio deste ano, os deputados estiveram prestes a colocar sua opinião sobre o assunto numa urna nove vezes*" (União de gays na gaveta, Jornal do Brasil, 30/08/2001, p. 7). Por que tantos adiamentos? Porque os defensores do projeto, ao perceberem que serão derrotados, sabem habilmente retirá-lo de pauta.

Muito mais perigosos são outros projetos semelhantes, que estão tramitando na surdina, sem chamar a atenção do público. O mais perigoso de todos é uma Proposta de Emenda Constitucional, a PEC 67/1999 do deputado Marcos Rolim (PT - RS), que "*altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal*". Se aprovada, a emenda proibirá expressamente no art. 3º os "preconceitos" ou "discriminação" por motivo de "orientação sexual". No art. 7º inciso XXX, proibirá que alguém deixe de ser admitido ao exercício de alguma função por motivo de sua "orientação sexual". Em outras palavras, o homossexualismo passará a ser um direito constitucional.

Quem tem filho em idade escolar, talvez já tenha tido o desprazer de ler em um livro didático de Ciências da 7ª série o seguinte texto: "*A homossexualidade não é vício nem doença. A escolha sexual de uma pessoa deve ser respeitada (...) A opção sexual vai-se desenvolvendo aos poucos. Na adolescência não dá para saber ainda se uma pessoa será ou não homossexual*" (BARROS, Carlos, O Corpo Humano; programas de saúde, 40ª edição, São Paulo, Editora Ática, 1991, p. 20). Já faz tempo que os alunos são treinados a considerar como natural algo que é intrinsecamente antinatural. No entanto, há quem queira que isso se torne lei. O Projeto de Lei 3099 de 2000, do deputado Pompeo de Mattos (PDT - RS), "*dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina 'orientação sexual', nos currículos de quinta e sexta séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas*". Se aprovado, toda escola será obrigada a ensinar aos adolescentes que é indiferente casar-se com alguém do mesmo sexo ou do outro sexo. E os pais serão obrigados a tolerar tal ensinamento.

Como se pretende transformar o homossexualismo em um direito, qualquer "discriminação" contra um homossexual será crime. Já está em tramitação o Projeto de Lei 5003 de 2001, da deputada Iara Bernardi (PT-SP), que "*determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas*".

O que está para acontecer...

Se os projetos acima descritos se tornarem leis, mesmo antes que se aprove o "casamento" de homossexuais, devemos estar preparados para o pior. Por exemplo:

- a) A Igreja Católica será coagida a admitir seminaristas homossexuais. Se um candidato ao sacerdócio for expulso do seminário por praticar atos de homossexualismo, a Igreja estará cometendo um crime e deverá ser punida.
- b) O mesmo acontecerá se a Igreja suspender o uso de ordens de um padre que pratique a pederastia ou se expulsar de sua congregação religiosa uma freira que pratique o lesbianismo.
- c) Se um par de travestis entrar em algum estabelecimento comercial e começar a se abraçar e se beijar em público, nem o dono do local nem os espectadores poderão reagir. Uma simples

¹ Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/desorsex.htm>>. Acesso em: 16 out. 2007.

expressão fisionômica de censura já poderia ser enquadrada como prática discriminatória passível de sanção penal.

d) Um empresário que, por engano, tiver admitido um funcionário homossexual, e que agora vir que ele está corrompendo seus colegas de trabalho, não poderá jamais pensar em demiti-lo.

e) Diante do festival de obscenidades que todo ano invade as ruas nas horríveis passeatas do "orgulho gay e lésbico", os cidadãos deverão tomar todo o cuidado para não pronunciar palavras de repreensão. Ai daquele que disser, balançando a cabeça: "Isso é uma falta de vergonha...!" A repressão ao "discriminador" será imediata.

Que é orientação sexual?

A palavra orientação vem de "oriente". É genuinamente cristã. Oriente é onde nasce o sol. Cristo é o "sol nascente" (Lc 1,78) que nos veio visitar. Orientar-se é colocar-se na direção correta.

A palavra sexo vem do latim "secare", que significa cortar. Ela indica que o ser humano está "cortado" em duas partes, diferentes e complementares: o homem e a mulher. Um foi feito para o outro e completa-se no outro.

A única "orientação sexual" possível, portanto, é aquela que existe entre o homem e a mulher. Entre dois homens ou entre duas mulheres não se pode falar de "orientação", mas de desorientação sexual.

A conjunção carnal de dois homens ou de duas mulheres não é uma união "sexual", embora eles tentem fazer uso (antinatural) de seus órgãos reprodutores. Tal ato é totalmente avesso à reprodução e à complementação homem-mulher.

Na impossibilidade de realizarem o ato conjugal, que requer órgãos complementares (o pênis e a vagina), os pederastas e as lésbicas procuram fazer uso de outros, como o ânus e a boca. Ora, a boca pertence ao aparelho digestivo e o ânus tem evidentemente função excretora. Os atos de homossexualidade são, portanto, uma grosseiríssima caricatura do ato conjugal, tal como foi querido por Deus e inscrito na natureza.

Discriminar é preciso

A discriminação é uma das práticas mais normais da vida social. Todos nós a praticamos dia a dia. Ao aplicar uma prova, o professor discrimina os alunos que tiraram notas altas daqueles que tiraram notas baixas. Aqueles são aprovados. Estes são reprovados. Ao escolher o futuro cônjuge, as pessoas geralmente fazem uma discriminação rigorosa, baseadas em diversos critérios: qualidades morais, inteligência, aparência física, timbre de voz, formação religiosa etc. Entre centenas ou milhares de candidatos, somente um é escolhido. Os outros são discriminados. Ao selecionar seus empregados, as empresas fazem uma série de exigências, que podem incluir: sexo, escolaridade, experiência profissional, conhecimentos específicos, capacidade de relacionar-se com o público etc. Certos concursos para policiais ou bombeiros exigem, entre outras coisas, que os candidatos tenham uma determinada altura mínima, que não ultrapassem uma certa idade e que gozem de boa saúde. Todos esses são exemplos de discriminações justas e necessárias.

Outros poderiam ser dados. O ladrão que é apanhado em flagrante é preso. A ele, como punição pelo furto ou roubo, é negada a liberdade de locomoção, que é concedida aos demais cidadãos. A prisão é um lugar onde, por algum tempo, são discriminados (com justiça) aqueles que praticaram atos dignos de discriminação.

Algumas discriminações são injustas

Se é justo privar da liberdade um criminoso (que perdeu o direito a ela pela prática de seu crime), não é justo negar a liberdade a alguém em virtude de sua cor. A escravidão dos negros, abolida no Brasil em 1888, é um exemplo de discriminação injusta. Também não é

justo privar uma criança do direito à vida por causa de uma doença incurável, como querem os defensores do aborto eugênico. Um bebê sadio tem o mesmo direito de nascer que um bebê defeituoso. Lamentavelmente, há na Câmara dos Deputados um projeto de lei que pretende legalizar tal discriminação injusta. Trata-se do PL 1956/96, também da ex-deputada Marta Suplicy (PT - SP).

Não é justo que a Igreja prive alguém da Santa Missa ou dos sacramentos por causa de sua pobreza ou condição social. Mas é justo (e necessário) que aqueles que estão em pecado grave abstenham-se da Comunhão Eucarística, sob pena de cometerem um sacrilégio.

Os homossexuais têm direitos?

Na sua primeira carta aos coríntios, São Paulo enumera alguns dos que não herdarão o Reino de Deus: "*Não vos iludais! Nem os impudicos, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os depravados, nem os efeminados, nem os sodomitas, nem os ladrões, nem os avaros, nem os bêbados, nem os injuriosos herdarão o Reino de Deus*" (1Cor 6,9-10). Nesta passagem o Apóstolo usa duas palavras para designar os homossexuais: *malakói* (efeminados) e *arsenokóitai* (sodomitas).

Será que nenhum dos que foram enumerados acima têm direitos? Certamente que têm. O empregado que trabalhou para mim durante um mês tem direito a receber seu salário, mesmo que lamentavelmente se tenha embriagado. O ladrão que furtou meu dinheiro conserva seu direito à vida (e por isso eu não posso matá-lo).

Mas o ladrão não tem direito à vida **enquanto ladrão**, e sim enquanto pessoa. Da mesma forma, o bêbado não tem direito ao salário **enquanto bêbado**, e sim enquanto trabalhador.

Assim, se o homossexual tem algum direito, não o tem **enquanto homossexual**, mas enquanto pessoa. E assim como não faz sentido elaborar uma Carta dos Direitos dos Ladrões ou uma Declaração dos Direitos dos Bêbados, é absurdo uma lei que defenda os "Direitos dos Homossexuais".

Sendo um vício (e um vício contra a natureza!), o homossexualismo não acrescenta direitos à pessoa. Ao contrário, priva-a de direitos, a começar pelo direito ao Reino de Deus.

A misericórdia para com o pecador

"*Não são os que têm saúde que precisam de médico, mas sim os doentes (...) Com efeito, eu não vim chamar justos, mas pecadores*" (Mt 9,12-13). Estas palavras de Jesus resumem a atitude que nós, cristãos, devemos ter para com os homossexuais. É preciso socorrê-los. Mas eles só poderão ser auxiliados se reconhecerem que são doentes carentes de médico e pecadores necessitados de perdão. Jesus nunca negou o perdão aos pecadores humilhados, como a mulher adúltera (Jo 11,10-11), a pecadora pública (Lc 7,47) e o publicano Zaqueu (Lc 19,9). No entanto dirigiu palavras duríssimas aos escribas e fariseus, que, em seu orgulho, não admitiam necessitar de salvação (Mt 23,1-32).

Os homossexuais que, reconhecendo a gravidade de seus atos, procuram a Igreja para se reconciliar com Deus, "*devem ser acolhidos com respeito, compaixão e delicadeza*" (Catecismo da Igreja Católica, n.º 2358). No entanto, aqueles que, longe de se arrependem, orgulham-se do pecado que cometem (como os participantes das manifestações de "orgulho homossexual"), estão automaticamente se excluindo da salvação.

E quanto à discriminação? "*Evitar-se-á para com eles todo sinal de discriminação injusta*" (grifei)" (Catecismo da Igreja Católica, n.º 2358). O texto supõe, portanto, que há discriminações justas para com os homossexuais. E de fato há. Uma delas é a proibição de receberem a Sagrada Comunhão, enquanto não abandonarem seu pecado. Outra é a impossibilidade de serem admitidos em seminários e casas religiosas.

Discriminação contra a Igreja

Se, porém, os projetos acima citados se tornarem leis, surgirá para o Brasil uma nova onda de perseguição religiosa. A Igreja, para ser fiel a seu Fundador, será injustamente discriminada. Será considerada criminosa por chamar de pecado aquilo que é pecado e por proibir aquilo que Deus proíbe. Deus se compadeça de nós...

Anápolis, 09 de setembro de 2001

Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz

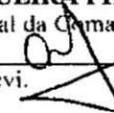
Presidente do Pró-Vida de Anápolis

ANEXO II – SENTENÇA PROCESSO Nº. 936/2007, TJ-SP

**PODER JUDICIÁRIO**SÃO PAULO
Comarca da Capital

Processo nº 936/07

12
A**CONCLUSÃO**

Em 5 de julho de 2007,
faço estes autos conclusos ao **Dr. MANOEL MAXIMIANO JUNQUEIRA FILHO**, MM. Juiz de Direito Titular da Nona Vara Criminal da Comarca da Capital.
Eu,  Ana Maria R. Goto, Escrevente, digitei e subscrevi.

A presente Queixa-Crime não reúne condições de prosseguir.

Vou evitar um exame perfunctório, mesmo porque, é vedado constitucionalmente, na esteira do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

1. Não vejo nenhum ataque do querelado ao querelante.

2. Em nenhum momento o querelado apontou o querelante como homossexual.

3. Se o tivesse rotulado de homossexual, o querelante poderia optar pelos seguintes caminhos:

3. A – não sendo homossexual, a imputação não o atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo programa televisivo e declarasse ser heterossexual e ponto final;

3. B – se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados...

Quem é, ou foi, **BOLEIRO**, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num "TÊTE-À-TÊTE".

Sala de Audiências



PODER JUDICIÁRIO

SÃO PAULO
Comarca da Capital

18
✓

Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro.

Em Juízo haveria audiência de retratação, exceção da verdade, interrogatório, prova oral, para se saber se o querelado disse mesmo... e para se aquilatar se o querelante é, ou não...

4. O querelante trouxe, em arrimo documental, suposta manifestação do "GRUPO GAY", da Bahia (folha 10) em conforto à posição do jogador. E também suposto pronunciamento publicado na Folha de São Paulo, de autoria do colunista Juca Kfoury (folha 7), batendo-se pela abertura, nas canchas, de atletas com opção sexual não de todo aceita.

5. Já que foi colocado, como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. Há hinos que consagram esta condição: "OLHOS ONDE SURGE O AMANHÃ, RADIOSO DE LUZ, VARONIL, SEGUE SUA SENDA DE VITÓRIAS...".

6. Esta situação, incomum, do mundo moderno, precisa ser rebatida...

7. Quem se recorda da "COPA DO MUNDO DE 1970", quem viu o escrete de ouro jogando (FÉLIX, CARLOS ALBERTO, BRITO, EVERALDO E PIAZA; CLODOALDO E GÉRSO; JAIRZINHO, PELÉ, TOSTÃO E RIVELINO), jamais conceberia um ídolo seu homossexual:

8. Quem presenciou grandes orquestras futebolísticas formadas: SEJAS, CLODOALDO, PELÉ E EDU, no Peixe; MANGA, FIGUEROA, FALCÃO E CAÇAPAVA, no Colorado; CARLOS, OSCAR, VANDERLEI, MARCO AURELIO E DICÁ, na Macaca, dentre inúmeros craques, não poderia sonhar em viver um homossexual jogando futebol.

Sala de Audiências

**PODER JUDICIÁRIO**SÃO PAULO
Comarca da Capital19
/

9. Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si.

10. O que não se pode entender é que a Associação de Gays da Bahia e alguns colonistas (se é que realmente se pronunciaram neste sentido) teimem em projetar para os gramados, atletas homossexuais.

11. Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o "SISTEMA DE COTAS", forçando o acesso de tantos por agremiação...

12. E não se diga que essa abertura será de idêntica proporção ao que se deu quando os negros passaram a compor as equipes. Nada menos exato. Também o negro, se homossexual, deve evitar fazer parte de equipes futebolísticas de hêteros.

13. Mas o negro desvelou-se (e em várias atividades) importantíssimo para a história do Brasil: o mais completo atacante, jamais visto, chama-se **EDSON ARANTES DO NASCIMENTO** e é negro.

14. O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal...

15. Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube.

Sala de Audiências

**PODER JUDICIÁRIO**SÃO PAULO
Comarca da Capital20
/

16. Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra:

**“CADA UM NA SUA ÁREA,
CADA MACACO EM SEU
GALHO,
CADA GALO EM SEU
TERREIRO,
CADA REI EM SEU BARALHO”.**

17. É assim que eu penso...e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!

18. Rejeito a presente Queixa-Crime. Arquivem-se os autos. Na hipótese de eventual recurso em sentido estrito, dê-se ciência ao Ministério Público e intime-se o querelado, para contra-razões.

São Paulo, 5 de julho de 2007.

**MANOEL MAXIMIANO JUNQUEIRA FILHO
JUIZ DE DIREITO TITULAR**

Sala de Audiências

ANEXO III – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E DECISÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSO Nº 20070101058, TJ-PB

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAIBA
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPINA GRANDE
Processo nº 001.2007.010.105-8

Cautelar Inominada

Promovente: Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS

Promovida: VINACC – Visão Nacional para a Consciência Cristã

Vistos etc.

A REDE NACIONAL DE PESSOAS VIVENDO E CONVIVENDO COMJ HIV/AIDS DE CAMPINA GRANDE/PB, entidade sem fins lucrativos, com sede na Rua Dom Pedro I, 159, São José, nesta cidade, propôs por advogado legalmente constituído a presente ação Cautelar Inominada em desfavor de **VINACC – VISÃO NACIONAL PARA A CONSCIÊNCIA CRISTÃ**, igualmente qualificada, visando a concessão da medida liminar *inaudita altera pars*, para fins de retirada dos outdoors, internet e demais meios, a frase **HOMOSSEXUALISMO: E fez Deus homem e mulher e viu que era bom!**, ante a prática de preconceito e afronta a dignidade da pessoa humana.

Anexou documentação.

É o relato. DECIDO.

Trata-se de pedido acautelatório fulcrado na concessão da medida *inaudita altera pars*, para fins de retirada de mensagem ofensiva.

Para a concessão da liminar pleiteada, deverá ser apurada a ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni jûris*, requisitos essenciais, posto que inexistindo tais preceitos, torna-se impossível o atendimento liminar.

Sem adentrar no mérito, temos que a campanha desencadeada pela promovida: **"HOMOSSEXUALISMO: E fez Deus homem e mulher e viu que era**

Maria Emilia da Silva Oliveira
Juiz de Direito

bom!" -, sem dúvida alguma é uma agride a sociedade como um todo, pois evidente o preconceito social.

É inadmissível a discriminação em face da opção sexual, pois, se assim fosse, estaria ferindo preceito constitucional preconizado no artigo 5º da Nossa Lei Maior, vez que a opção sexual é livre, não podendo o homossexual ser alvo de atos discriminatórios, como o da presente discussão jurídica.

Nesta senda, exsurge o interesse estatal ao caso posto à análise do Judiciário. O não atendimento imediato, sem dúvida alguma, configuraria omissão gritante e negligente, haja vista que acima de tudo, o que está em jogo a livre opção da sexualidade. O ser humano constitui a soma de todas as escolhas que faz, sendo essencial que ele assuma o comando destas escolhas.

É entendimento jurisprudencial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA APONTANDO O AUTOR COMO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CONFLITO ENTRE A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (INC. V. DO ART. 5º, CF) E A INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE (INCISO X ART. 5º, CF). PONDERAÇÃO QUE, NO CASO CONCRETO, CONFERE PREVALÊNCIA À INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE. DANO MORAL DEVIDO. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO: 1. No caso, o jornalista da empresa-ré publicou notícia sobre a captura do autor, que se tratava de preso foragido, informando que era portador do vírus HIV. 2. A pretensão de se garantir o direito à informação, não se pode violar o direito à intimidade, este integrante dos nominados direitos da personalidade. Assim, a informação divulgada desbordou o direito à livre manifestação, porquanto embora verdadeira a notícia e constando o fato no inquérito policial, ausente qualquer interesse público na veiculação do estado de saúde do autor, mormente em se tratando de doença que gera preconceito e discriminação perante a sociedade. Logo, configurada a conduta ilícita por parte da demandada. 3. O nexo de causalidade também está presente, pois o prejuízo à honra objetiva e subjetiva sofrido pelo autor advém da injusta publicação de seu estado de saúde no jornal demandado. 4. O dano moral está in re ipsa, sendo dispensada a sua demonstração em Juízo. 5. Quantum indenizatório. O mesmo deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a majoração do quantum fixado em sentença. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70014534747, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguinê, Julgado em 31/05/2006).


Maria Emília Baroni de Oliveira
Juíza de Direito

Ante o exposto, **DEFIRO**, em parte, a liminar pleiteada para, determinar que a promovida proceda imediatamente, a retirada da campanha hostilizada da rede de internet - <http://www.vinacc.org.br>; bem como os cartazes e outdoors já fixados e distribuição de panfletos, proibindo-se, também, a realização da manifestação homofóbica em praça pública, já proclamada para ser realizada no dia 22 de junho de 2007, às 09h, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pelo descumprimento.

Quanto ao pedido de reparação ao coletivo atingido, deixo de analisá-lo, por incabível no caso em disceptação.

Defiro a gratuidade processual.

Cumprida a liminar, cite-se a demandada para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta, querendo.

Expeça-se mandado em caráter de urgência.

Campina Grande, 20 de junho de 2007.


MÁRIA EMÍLIA NÊVA DE OLIVEIRA

Juíza de Direito



ESTADO DA PARAÍBA
 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 GABINETE DO DES. LUIZ SÍLVIO RAMALHO JÚNIOR

Agravo de Instrumento nº 001.2007.010105-8/001

Relator : Francisco Francinaldo Tavares.

Agravante : Vinace – Visão Nacional para a Consciência Cristã.

Advogado : Alexei Ramos de Amorim e outros.

Agravado : Rede Nacional de Pessoas Vivendo e Convivendo com HIV/AIDS – Núcleo de Campina Grande.

Advogado : Robson Antão de Medeiros e outros.

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pela **Vinace – Visão Nacional para a Consciência Cristã** com o escopo de impugnar decisão proferida pelo d. juízo de direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Campina Grande, que nos autos ação cautelar inominada, deferiu pedido de liminar determinando que se proceda “*a imediata retirada da campanha hostilizada da rede de internet, bem como os cartazes e outdoors já fixados e distribuição de panfletos, proibindo-se, também, a realização da manifestação homofóbica em praça pública, já proclamada para ser realizada no dia 22 de junho de 2007*”.

Arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial, por não ter o agravado apontado a ação esboçada a ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, especificando, tão-somente, o rito.

No mérito, sustentou que as mensagens divulgadas não afrontam os direitos humanos, não incitando a população ao preconceito. Limitando-se a reprodução de texto bíblico.

Por termo, pugnou pelo deferimento do efeito suspensivo para permitir que a agravante tenha salvaguardado o direito de manifestar opiniões, mantendo-se a programação firmada.

Eis o relatório.

Protocolo/Entregue no Cartório em 2007

DECIDO

Em sede de agravo de instrumento o art. 527, III, do CPC, estabelece que o relator "*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz a sua decisão*".

Com efeito, não se apresenta demonstrada a plausibilidade jurídica do pedido, haja vista que a Constituição Federal consigna como objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação sem priorizar hierarquicamente qualquer deles.

Assim, a solução de conflitos entre princípios constitucionais deve ser encontrada mediante a aplicação da técnica da ponderação dos direitos em confronto, a partir de uma análise prévia dos limites de cada um deles - posto que nem mesmo os direitos fundamentais são ilimitados. Partindo-se dessas premissas limitatórias é que a ponderação se torna possível naquelas circunstâncias específicas (não existe prevalência *a priori* de um direito sobre o outro), seguindo princípios de proporcionalidade, adequação, necessidade e razoabilidade, de forma a atingir um ponto de equilíbrio.

Dessa feita, não obstante seja livre a expressão de cunho religioso, esta não poderá ser exercida de modo a anular garantia constitucional de igual magnitude, como é a garantia de tratamento isonômico atinente a sua escolha sexual, prevista no inciso VI, do art. 5º, da CF.

Nesse prisma, resta indubitável que o agravante, *Vinacc - Visão Nacional para a Consciência Cristã*, não pode exercer a sua liberdade de cunho religioso violando garantia constitucional, qual seja, de liberdade sexual.

Assim, mediante análise sumária, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris*.

Frente ao exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

João Pessoa, 21 de junho de 2007.

Francisco Priscinaldo Tavares
Juiz Convocado

ANEXO IV – NOTÍCIA DIVULGADA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO STJ¹

Novo pedido de vista interrompe julgamento sobre reconhecimento de união estável entre homossexuais.

O pedido de vista do ministro Massami Uyeda, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), interrompeu o julgamento do recurso especial em que um casal homossexual tenta obter o reconhecimento de união estável. O ministro solicitou vista do processo após a apresentação do voto do ministro Fernando Gonçalves, que entendeu ser constitucional a matéria, não cabendo ao STJ, portanto, a análise da questão.

Para o ministro Fernando Gonçalves, a Constituição Federal é bem clara ao tratar do assunto quando se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. O entendimento foi seguido pelo ministro Aldir Passarinho Junior.

Anteriormente, o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator do caso, tinha votado pelo provimento do recurso. Para ele, só existe impossibilidade jurídica de um pedido quando há expressa proibição legal. Depois de analisar diversos dispositivos, o então relator disse não ter encontrado nenhuma vedação ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. A legislação só se refere a casais de sexo oposto. Por isso, deu provimento ao recurso para que o juízo de primeiro grau analise o mérito do pedido de reconhecimento da união.

No caso, um casal formado por um agrônomo brasileiro e um professor canadense de inglês propôs ação declaratória de união estável perante a 4ª Vara de Família de São Gonçalo, no Rio de Janeiro. No pedido, eles alegaram que vivem juntos desde 1988, de forma duradoura, contínua e pública. O principal objetivo do casal era pedir visto permanente para que o estrangeiro possa viver no País, a partir do reconhecimento da união.

Em primeiro grau, a ação foi extinta sem análise do mérito ao entendimento de que é impossível juridicamente atender o pedido, uma vez que não existe previsão legal para reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O casal recorreu ao STJ argumentando violação dos artigos 4º e 5º do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução do Código Civil), 126 e 132 do Código de Processo Civil, além dos artigos 1º da Lei n. 9.278/96, 1.723 e 1.724 do Código Civil. Em síntese, eles sustentam que o ordenamento jurídico não veda o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Esta é a primeira vez que o STJ analisa o caso sob a ótica do Direito de Família. Até então a união homossexual era reconhecida como sociedade de fato, sob o aspecto patrimonial.

¹ Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=85044&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=HOMOSSEXUAIS#>. Acesso em: 5 nov. 2007.